

University of Groningen

Pretium certum esse debet

Kooiker, H.

Published in:
Groninger Opmerkingen en Mededelingen

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2004

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
Kooiker, H. (2004). Pretium certum esse debet. *Groninger Opmerkingen en Mededelingen*, XXI.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Pretium certum esse debet

De bepaalbaarheid van de koopprijs in rechtsvergelijkend perspectief¹

Een casus: koop of bedelarij

Dat partijen niets bepaald hebben omtrent de koopprijs is weliswaar uitzonderlijk, maar het komt toch redelijk vaak voor, bv. als de koper dringend iets nodig heeft² of als het gaat om raamcontracten of handelsgebruik.³

Het niet bepaald zijn van de koopprijs is bovendien een dankbaar onderwerp voor intertemporele (rechtshistorische) en intratemporele rechtsvergelijking.

Als uitgangspunt nemen we het Nederlandse recht van vlak na de invoering van het oude BW. Toen, in 1838, had men namelijk nog geen definitief afscheid genomen van de Code

¹ Afkortingen

- Bechmann = August Bechmann, *Der Kauf nach gemeinen Recht*, II, Erlangen, 1884
- Corbisier = Isabelle Corbisier, *La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises. Réflexions comparatives*, in: *Revue internationale de droit comparé*, 1988-4, p. 767-831
- Fels = Gustav Fels, *Das pretium certum des römischen Rechts*, Berlin, 1978
- J. Ghestin, *Traité de droit civil*, vol. 2. 2^{me} ed. 1988.
- Kaser = Max Kaser, *Das römische Privatrecht*, 2e ed. Munich, I 1971; II 1975
- *La détermination du prix = La détermination du prix dans les contrats (étude de droit comparé)*, ed. Denis Tallon, Paris, 1989
- Merlin, R = Merlin, *Répertoire [...] de jurisprudence*, 5e ed. Brussels 1825-1828
- Murray = D.E. Murray, *The 'Open-Price' Sale of Goods Contract in a Worldwide Setting*, in: *Commercial Law Journal*, november 1984, p. 491-500
- Nicolas = Barry Nicolas, *Certainty of Price*, in: *Comparative and Private International Law. Essays in Honour of J.H. Merryman*, David S. Clark ed. (1990), 247-255
- C.W. Opzomer, *Het Burgerlijk Wetboek verklaard*, 's-Gravenhage 1874-1885, deel 8, 33 e.v.
- Pothier, *Vente*, = Pothier, *Traité de la vente*
- Poulakos = Petros Poulakos, *Schuldverhältnisse mit unbestimmtem Leistungsinhalt [...]*, Hamburg, 1970
- Troplong, *Vente* = R. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code. De la vente [...]*, ed. Bruxelles, 1844
- Vinnius = Vinnius/Heineccius, *In quatuor libros Institutionum Imperialium Commentarius*, Lugduni Batavorum, 1726
- Voet = Johannes Voet, *Commentarius ad Pandectas [...]*, Hagae-Comitum, 1707
- Windscheid-Kipp = Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9e ed. door Theodor Kipp, Frankfurt a/M, 1906
- Witz = Wolfgang Witz, *Der unbestimmte Kaufpreis. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Bedeutung des pretium certum*, Frankfurt a/M, 1989 (*Arbeiten zur Rechtsvergleichung* nr 131)
- Witz/Welter = Claude Witz/Gerhard Welter, *Das Ende der Problematik des unbestimmten Preises in Frankreich*, in dit tijdschrift, 1996, p. 648-658
- Zimmermann, *Law of Obligations* = R. Zimmermann, *The Law of Obligations [...]*, Cape Town/Deventer, 1990

² Witz, p. 5; *La détermination du prix*, p. 11; *The principles of European Contract Law Part I: Performance, Non-Performance and Remedies [...]*, ed. Ole Lando en Hugh Beale, Dordrecht, 1995, p. 70.

³ Fels, p. 12/13. Murray, p. 491.

civil en speelde ook het Romeinse recht nog een aanzienlijke rol in de theorievorming. Dat blijkt wel uit een arrest van het Hof van Zuid-Holland uit 1842. Het geschil ging over de vraag waar de grens ligt tussen koop en verkoop voor een bepaalde prijs en (strafbaar) bedelen door een zaak die vrijwel niets waard is aan te bieden voor een vergoeding waarvan de hoogte door de 'koper' mag worden bepaald.⁴

J.D., zijn echtgenote en hun dochter werden beschuldigd van bedelarij. Zij hadden twee gedichten van de - inmiddels volledig vergeten, doch in zijn tijd zeer populaire dichter Borger gedrukt onder de titel: 'Borger's boezemklacht bij de graven zijner geliefde panden', en rondgebracht bij de ingezetenen van Gorinchem, met een geleidebrief, waarin J.D. erop wees, dat geen enkele sterveling boven de wisselvalligheden van het ondermaanse leven is verheven; dat wellicht niemand meer dan hij dat zielgrievender had ondervonden: weleer een der gegoedste burgers van Gorinchem, was hij door een onvermijdelijke samenloop van allerhande noodlottige omstandigheden in een situatie geraakt waarin hij elk eervol middel bij de hand moest grijpen om zijn talrijke huisgezin - hij was vader van zeven nog hulpbehoevende kinderen - niet tot de uiterste ellende te laten voeren. Hem bleef dan ook geen andere keuze over, aldus de geleidebrief, dan genoemde gedichten, 'dit werk van eener der grootste Nederlandsche meesters', nederig ter overneming aan te bieden, 'latende de prijs der waarde daarvan aan de beslissing van UEd. edelmoedig gevoel'.

Na van twee personen elk 50 cents bekomen te hebben, werden ze door de politie als bedelaars gearresteerd en als zodanig door de rechtbank veroordeeld.

In appel voerde de appellant aan dat er sprake was van koop en verkoop: er is *consensus, merx* en *pretium*.⁵ De bepaling van D. 18,1,35,1 was volgens appellant niet van toepassing. Zij slaat op het geval dat de koper niet is toegetreden. Blijkens de relevante artikelen van het Burgerlijk Wetboek is er in casu sprake van koop en verkoop zodra iemand verklaard heeft dat de zaak hem 25 cents of meer waard is; dan is de koopprijs bepaald.

Volgens de advocaat-generaal was er geen sprake van koop, nu art. 1493 BW⁶ een *bedongen* prijs verlangt.

Het Hof sprak de drie aangeklaagden - nadat zij bijna een half jaar gedetineerd waren geweest - vrij, in het midden latende of hier sprake was van koop en verkoop. De feiten, aldus het Hof, leveren een verbintenis op die in het Romeinse recht onder de *contractus innominati do ut des*⁷ werden gerangschikt aangezien hier niet aangenomen mocht worden dat de appellanten hun boekjes tegen elke prijs, hoe gering ook, eventueel zelfs om niet, hebben willen afstaan.

Het aardige van het arrest is de belangrijke rol die D18.1.35.1 in de argumentatie speelt. De tekst luidt aldus:

Het staat vast dat een transactie niet voltrokken is, wanneer de verkoper aan de aspirant-koper verklaard heeft: 'De koop zal voor u gesloten zijn voor zoveel als u wilt, voor zoveel als u billijk

⁴ Hof Zuid-Holland, 24 september 1842, W. (= Weekblad van het regt, nr) 332.

⁵ Zie over de vraag wat onder 'prijs' verstaan moet worden D. 9,2,33 pr. en 35,2,63; adv. gen. bij Cass. 7 juli 1847, D. 47,1,257, en de Belgische wet van 14 juli 1991 nr 91-2205, art. 3.

⁶ Art. 1493 van het Nederlandse BW-1838 spreekt over een 'bedongen prijs', daarmee afwijkend van het voorbeeld, art. 1582 van de Franse Code (hierna afgekort als C.c.), vermoedelijk om de Franse discussie te écarteren over de vraag of als een 'prijs' bestaat in zaken die een 'prix commun' hebben, er sprake is van koop (in welk geval de lésion-regeling van toepassing kan zijn) of ruil.

⁷ Zie over de vraag of er gemengde koop/schenkingsovereenkomsten bestaan, adv. gen. bij HR 22 mei 1885, W. 5173 en A.P.Th. Eysell in Themis 69 (1908), p. 565 e.v.

acht, voor de waarde waarop u het zult taxeren'.⁸

De discussie over de precieze betekenis van D. 18,1,35,1 treft men ook aan het eind van de 19e eeuw nog aan in een arrest van de Hoge Raad uit 1898.⁹ Daarbij ging het weer met name over de vraag of een prijsbepaling door één van partijen mogelijk is. De procureur-generaal verwees naar de opvatting van Pothier¹⁰ dat zo'n prijsbepaling niet is toegestaan. Het doet niet terzake, zo merkte hij op, of Pothier D. 18,1,35,1 wel goed begrepen heeft. Pothiers leer, of die nu wel of geen steun vindt in het Romeinse recht, is in de Code opgenomen,¹¹ en die leer was ook die van de auteurs in het rooms-hollands recht.¹² De Hoge Raad sloot zich daarbij aan: die leer is de betekenis van art. 1501 OBW,¹³ zoals ook in het Romeinse en Franse recht was aangenomen.

De plaats van de casus in de uitwendige rechtsontwikkeling

Het Romeinse recht werd in Nederland reeds in 1809 bij de invoering van de eerste codificatie afgeschaft. Die afschaffing werd bevestigd door de invoering van de Franse Code civil in 1811. De afschaffingswet van 1829 verklaarde nogmaals nadrukkelijk dat het wettelijk gezag van het Romeinse recht is en blijft afgeschaft. Toch bleek dat recht met name in de eerste zojuist genoemde casus een belangrijker rol te spelen dan het gecodificeerde recht. Dat was geen uitzondering. De invloed van het Romeinse recht na de afschaffing ervan bij de invoering van codificaties begin 19e eeuw in Frankrijk, België, Nederland en een aantal Duitse staten verdween niet. Hoe groot en hoe langdurig die invloed was, en op welke titel (*raison écrite*, (formeel) subsidiair recht) die invloed aanwezig bleef, is nog te weinig onderzocht.¹⁴

In het *droit ancien* de *la France*, de bakermat van codificatie naar Frans model, was het Romeinse recht althans in de *pays de droit coutumier* meestal¹⁵ slechts *raison écrite*. In het zuiden was het echter formeel subsidiair recht.¹⁶ Maar ook in de *pays coutumiers* nam het Romeinse recht met name in het vermogensrecht in feite de eerste plaats in. In de eeuwen die aan de codificatie vooraf gingen werd het Romeinse, Justiniaanse recht steeds vrijer geïnterpreteerd naar de behoeften van de eigen

⁸ D.18.1.35.1: *Illud constat imperfectum esse negotium, cum emere volenti sic venditor dicit: 'quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emptum'.*

⁹ HR 21 januari 1898, W. 7077.

¹⁰ *Traité de la vente*, nrs 23, 24 en 29.

¹¹ En dus ook in het Nederlandse Burgerlijk Wetboek van 1838.

¹² De procureur-generaal. verwees terzake naar De Groot, *Inleiding tot de Hollandse Rechts-geleerdheid*, III, 14, 23 en Voet, 18, 1, 23 i.f.: '... In emptoris aut venditoris arbitrium non recte pretium confertur'.

¹³ BW-1838: 'De koopprijs moet door partijen bepaald worden.' (conform art. 1591 C.c.).

¹⁴ Zie in plaats van anderen, H. Kooiker, *Lex scripta abrogata. De derde renaissance van het Romeinse recht* [...], Deel I De uitwendige ontwikkeling, Nijmegen, 1996.

¹⁵ Sommige coutumes kenden een z.g. wettelijke receptie van het romeinse recht zoals de Coutume van Bourgondië en van de Franche-Comté.

¹⁶ Overigens ging ook in het zuiden, evenals in de *pays coutumiers*, het plaatselijke recht vóór het Romeinse recht, maar wel gold in het zuiden het subsidiaire Romeinse recht als *lex scripta* en niet als *ratio scripta*. Bovendien waren de 'statuts du pays' in het zuiden, voorzover al aanwezig, geen uitgewerkte coutumes en werden zij door de jurisprudentie steeds meer verdrongen ten gunste van het Romeinse recht.

tijd; juist daardoor bleef de invloed van het Romeinse recht aanwezig en nam zij in de eeuwen na de receptie zelfs toe. De splitsing van Frankrijk in twee delen en de wanhopig stemmende veelheid van niet uniforme coutumes leidde tot een concentratie op de basisbeginselen van het Romeinse en costumiere recht. Deze concentratie maakte onderdeel uit van de pogingen te komen tot 'simplification du droit, uniformité du droit, sécurité juridique';¹⁷ tot synthese en ordening¹⁸ van de stof. Het droit commun coutumier dat zich ontwikkelde, verhinderde echter niet dat voor bv. Pothier het Romeinse recht het hogere, bepalende, maatgevende, completere, theoretisch beter uitgewerkte rechtssysteem bleef, dat alle lacunes opvulde.¹⁹

De revolutie en de codificatie vormden een verdere fase in de voltooiing van deze ontwikkeling van groeiende invloed van het Romeinse recht. Dat recht ging de kern vormen van het gecodificeerde vermogensrecht. Door het definitief écarteren van tal van, vaak op feodale verhoudingen betrekking hebbende, costumiere regels is het gecodificeerde recht bovendien op tal van punten romeinsrechtelijker dan het droit ancien. En tenslotte werd bij de invoering van de Code civil weliswaar het Romeinse recht afgeschaft, maar dat bleek niet meer in te houden dan dat het formeel niet meer als grond voor cassatie gehanteerd mocht worden. In de discussie over het artikel²⁰ dat de afschaffing van het Romeinse recht inhield werd geconcludeerd dat dat recht nog wel als raison écrite ter interpretatie of aanvulling van lacunes dienst mocht doen. De verwerping van het revolutionaire référé législatif en de daaruit voortvloeiende noodzaak het verbod tot interpretatie en aanvulling op te heffen (art. 4 C.c.), maakten de weg vrij voor een intensief gebruik van het Romeinse recht als raison écrite. De voornaamste verklaring voor dat intensieve gebruik is het verschil in karakter tussen het Romeinse en het gecodificeerde recht. Het Romeinse recht bevat in hoofdzaak casuïstiek, terwijl de Codebepalingen doorgaans abstracter zijn geformuleerd. Met behulp van het casuïstische Romeinse recht kon men de Codebepalingen completeren en concretiseren.²¹

Eén van de gevolgen van deze ontwikkeling was, dat de regels²² die in het droit ancien, evenals elders in Europa, werden gebruikt voor de toepassing van het Romeinse recht, waarvan de voornaamste was dat het Romeinse recht als raison écrite het primaire recht aanvulde, bleven bestaan.

¹⁷ J. van Kan, *Les efforts de codification en France* [...], Parijs, 1929, p. 173.

¹⁸ Het streven naar synthese en ordening van de stof was een proces dat al in de middeleeuwen op gang kwam en voortvloeide uit het casuïstische karakter van het Romeinse recht: Michel in *Liber Amicorum John Gilissen* [...], Antwerpen, 1983, p. 277 en 278 nr 5, en dat in Frankrijk een extra impuls kreeg door de vertegenwoordigers van de mos Gallicus (vgl. Troje in Coing, *Handbuch der Quellen und Litteratur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, II, 1, München, 1977, p. 743).

¹⁹ H.J. König, *Pothier und das römische Recht*, Frankfurt a.M., 1976.

²⁰ Art. 7 van de wet van 30 Ventôse an XII (21 maart 1804). Zie Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle ou commentaire et complément des Codes Français* [...], I, ed. Brussel, 1836, p. 64 e.v. en Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* [...] 1827, p. LXXXVI e.v. Zie hierover J.H.A. Lokin en W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, derde druk, Deventer, 2001, p. 201-202.

²¹ Zie bv. Hof Brussel, 6 mei 1809, S. 9.2.341 (S.chr. III.2.67) inzake de vraag of de voorwaarde in een testament om niet met een bepaalde persoon te huwen, in casu - de bevoordeelde was zwanger van degene met wie ze wilde huwen - toelaatbaar is. Art. 900 C.c. zegt slechts in abstracto dat een bepaling in een testament in strijd met de goede zeden voor niet geschreven wordt gehouden. D. 35,1,64,1 bevat het concrete antwoord op de onderhavige vraag. De Belgische jurist O. Le Clercq, *Le droit romain dans ses rapports avec le droit français* [...] Luik, 1810-1812, I, p. 67, heeft dit al scherp geformuleerd: '... vous aurez les préceptes dans le Code Français, et l'exemple dans le Code Romain; vous aurez le principe dans l'un et l'application dans l'autre;'

²² Zie bv. de literatuur over Nicolaas Everaerts (1462-1532) en W. Trusen, *Römisches und partikuläres Recht in der Rezeptionszeit*, in: *Fschr. Heinrich Lange*, München, 1970, p. 107 e.v.

De afschaffing van het Romeinse recht leidde er, paradoxaal genoeg, toe dat zowel in de doctrine als in de jurisprudentie de belangstelling voor het Romeinse recht toenam. Deze renaissance van dat recht heeft wat de doctrine betreft aanleiding gegeven tot de benaming 'école romaniste'. Zowel Merlin als Toullier, de belangrijkste vertegenwoordigers van die school, gingen er van uit dat het wetboek aanvulling behoeft. Die aanvulling putten zij uit het Romeinse recht.

Tijdens de daarop volgende periode, die van de z.g. école de l'exégèse (classique) zou men, zo wordt doorgaans nog geleerd, zijn teruggevallen op de stelling dat de wet altijd volledig is en slechts geïnterpreteerd en niet aangevuld mag worden. Er blijkt echter een verschil te bestaan tussen hetgeen de exegetische auteurs theoretisch aanbevelen en wat zij in feite deden. Wat bij de école romaniste nog een lacune werd genoemd, was voor de exegeten eenvoudig een door interpretatie op te heffen onduidelijkheid. En die interpretatie kon zeer extensief zijn. Het theoretisch uitgangspunt van bv. Demolombe: 'Les textes avant tout'²³ nam niet weg dat ook hij primair streefde naar een billijke uitkomst. Daarbij boden, naast de wetteksten, de regulae iuris (rechtsadagia), 'principes généraux' of 'dirigeants' (vgl. Savigny's leidende Grundsätze), doorgaans afgeleid uit een historisch onderzoek van met name het Romeinse recht, een arsenaal aan middelen om zo'n billijke oplossing te bereiken, die vervolgens voor de wil van de wetgever werd verklaard.²⁴

In de jurisprudentie leidde de denial of the law-making power van de rechters eveneens tot een vrije interpretatie van de Code²⁵ veelal met behulp van het Romeinse recht.

Het komt er, kortom, op neer dat er een verschuiving optrad van aanvulling uit, naar interpretatie met behulp van het Romeinse recht, zoals ook blijkt uit de twee hiervoor besproken arresten.²⁶

De conclusie kan zijn dat het beeld van een école de l'exégèse die de Code bezag alsof deze uit de lucht was komen vallen, meer theorie dan werkelijkheid was. Het Romeinse recht maakte met name bij een beroep op de rechtsbeginselen vrijwel steeds onderdeel van de beschouwingen uit. In het gebruik van die beginselen was de exegetische school 'Erbin der Jurisprudenz des 17. und 18. Jahrhunderts'.²⁷

Bij de invoering van de Code civil in een aantal Duitse staten deden zich bepaalde specifieke problemen voor die verband hielden met het feit dat Duitsland geen revolutie had gekend. In de slotzin van het hiervoor genoemde afschaffingsartikel van de invoeringswet van de Code werd de afschaffing van het oude recht beperkt tot de in de Code geregelde *materie*.²⁸ In Frankrijk had die

²³ Demolombe, Cours de Code civil, ed. Brussel, 1847, I, Préface, p. III. Vgl. adv. gen. Delangle bij Cass. 18 juni 1845, D. 45.1.273: 'il est de principe que l'esprit présumé de la loi ne peut ni prévaloir sur son texte, ni le suppléer'.

²⁴ Het opsporen van de wil van de wetgever betekende ook voor de exegeten dat bij dubia en (door interpretatie op te heffen) 'lacunes' de wetgever geacht werd in beginsel niet van het droit ancien te hebben willen afwijken, tenzij aan het niet terugkeren in de Code van een regel uit het droit ancien een bijzondere betekenis moest worden toegekend. In dat laatste geval, een 'unechte Lücke' dus, was er sprake van een uitzondering op de hoofdregel dat het Romeinse recht de Code verklaarde en aanvulde. Een uitzondering die het droit ancien ook al kende: Merlin, R. s.v. Légitime, sect. 1, nr 3, en die ook weer op het Romeinse recht is terug te voeren: Domat, Loix civiles, I, L. I, tit. 1, sect. 2, nr 15. In feite is die uitzondering een bijzondere toepassing van het adagium *favores ampliandi, odia restringenda*.

²⁵ John P. Dawson, The oracles of the law, Westport, 1978, p. 375.

²⁶ Die arresten illustreren ook het toegenomen besef dat ook historische misinterpretatie van het Romeinse recht tot de gevestigde traditie kan behoren ('of de leer van Pothier nu wel of geen steun vindt in het Romeinse recht ...'). Een dergelijk besef is de vrucht van een meer wetenschappelijke attitude t.o.v. de historische ontwikkeling, mede als gevolg van de invloed van de Duitse historische school.

²⁷ Helmut Coing, Europäisches Privatrecht, II 19. Jahrhundert [...], München, 1989, p. 33.

²⁸ De oude rechten, aldus dat artikel '... cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent Code'.

beperking slechts een geringe inhoudelijke betekenis - evenals in Oostenrijk²⁹ - en was zij in ieder geval geenszins bedoeld om formele subsidiariteit van het Romeinse recht te handhaven. In Duitsland echter bestonden nog tal van oude instellingen die in Frankrijk door de revolutie waren afgeschaft en werd bovendien de opvatting verdedigd dat de rechter een lacune in de Code door het Romeinse recht *moest* opvullen omdat het oude recht blijkens die slotzin nog van toepassing zou zijn voor niet in de Code geregelde *gevallen*.³⁰ Deze verwisseling van 'matières' door 'cas' werd vooral door Gönner³¹ scherp bestreden. Tenslotte werd de subsidiariteit van het Romeinse recht, niet slechts als ratio scripta maar zelfs als formeel aanvullend recht in een aantal Duitse staten³² gehandhaafd bij de invoering van de Code civil. In de overige staten waarin die Code werd gehandhaafd na de Franse tijd bleef men, evenals in Frankrijk, op het Romeinse recht als ratio scripta terugvallen.³³

Nederland en België kenden, verenigd na het Wener Congres, in de periode 1815-1830 een gemeenschappelijke codificatiegeschiedenis. De 'Zuid-Nederlandse' (Belgische) commissie die het ontwerp van een nationaal wetboek moest beoordelen wenste de Franse Code te volgen en bepleitte tevergeefs handhaving van het Romeinse recht als (formeel) subsidiair recht. De Belgen hebben t.a.v. de keuze van het codificatiemodel hun zin gekregen: het wetboek dat ontstond was een navolging van de Code. Wat de subsidiariteit van het Romeinse recht betreft is in zoverre hun wens gerealiseerd dat zowel in België als in Nederland, evenals in Frankrijk, het 'système d'application' van het wetboek ontwikkeld werd op basis van het Romeinse recht als materieel subsidiair recht.

Deze strijd tussen Noord- en Zuid-Nederland is deels een voortzetting van de strijd die al aan het eind van de 18e eeuw werd gevoerd³⁴ over de vraag of het Romeinse dan wel het natuurrecht als subsidiair recht het primaire recht moest aanvullen. De voorstanders van het natuurrecht als subsidiair recht, de z.g. Groningse school, zagen dat recht als de enige aanvullende rechtsbron. Het wetboek, zonodig aangevuld door het natuurrecht achtten zij de beste waarborg tegen rechterlijke willekeur. De aanhangers van de andere, de z.g. Leidse school, zagen het Romeinse recht als de belangrijkste van verschillende secundaire rechtsbronnen. Zo'n open systeem van rechtsbronnen zou volgens hen juist de beste waarborg zijn tegen subjectieve rechterlijke opvattingen. Die school vertoont verwantschap met de Franse école romaniste. De Groningse school doet denken aan de école de l'exégèse met name toen in de loop van de 19e eeuw ook in Nederland het natuurrecht uit het beeld verdween.

Wat de jurisprudentie betreft valt bij het gebruik van het Romeinse recht als ratio scripta een zekere

²⁹ P.A.J. van den Berg, Codificatie en staatsvorming. De politieke en politiek-theoretische achtergronden van de codificatie van het privaatrecht in Pruisen, de Donaumonarchie en Nederland, 1550-1811, Groningen, 1996, p. 122, 127 e.v., 140, 146 en 158.

³⁰ Zo Schrader, In wiefern gelten ältere positive Rechtsquellen [...], in: Germanien [...], Band 2 (1809), Heft 1, nr V, p. 86-117, Vom Stein, Gedanken eines Patrioten [...], in datzelfde tijdschrift, Band 1 (1808), Heft 1, nr IV, p. 81 e.v., en Jaup in het 'Nachschrift' bij het artikel van Vom Stein. Vgl. ook Schömann in de Vorrede van zijn Erläuterung der Civilgesetzgebungen Napoleons und Justinians [...], Giessen 1808, Heft I (1808), die eveneens sprak over 'Fällen'.

³¹ Unpartheische Beantwortung der Frage: hat das römisch-justinianeische Recht im Code Napoleon subsidiäre Kraft?, in: Archiv für die Gesetzgebung und Reforme des juristischen Studiums von Nicolaus Thadäus Gönner, Band 1 (1808), nr IX, p. 133 e.v. en met name 144.

³² Arenberg, Birkenfeld en Baden. Zo ook het niet ingevoerde ontwerp van Almendingen voor Nassau. Zie over Frankfurt Werner Schubert, Französisches Recht in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts [...], Wenen, 1977, p. 301.

³³ Schulze en Grilli in: Französisches Zivilrecht in Europa während des 19. Jahrhunderts, ed. Reiner Schulze, Berlijn, 1994, p. 29 en 89 e.v.

³⁴ C.J.H. Jansen, Natuurrecht of Romeins recht. Een studie over het leven en werk van F.A. van der Marck (1719-1800) in het licht van de opvattingen van zijn tijd, Leiden, 1987.

gelaagdheid te constateren: de Nederlandse Hoge Raad verwijst, evenals het Cour de Cassation in Frankrijk, in zijn vaak zeer summier gemotiveerde beslissingen, slechts zelden naar het Romeinse recht. In de vonnissen en arresten van rechtbanken en hoven, en vooral in de pleitmemories van partijen en de conclusies van het openbaar ministerie is zo'n verwijzing echter zeer gebruikelijk.

Op grond van art. 13 Wet AB *moest* de rechter rechtspreken en was hij dus gedwongen zijn beslissing uit de wet af te leiden. Ook trachtte hij, daartoe toch al gedwongen door de motiveringseis, de oplossing binnen de professionele traditie te vinden. De caesuur die de codificatie bracht tussen het oude en het gecodificeerde recht was door die benadering, nog afgezien van de inhoudelijke overeenkomsten tussen het oude en het nieuwe recht, minder scherp dan het verschijnsel codificatie zou doen verwachten. Zo vond men niet slechts de oplossing vaak in het Romeinse recht, maar werd meestal een discussie uit de periode vóór de codificatie voortgezet na de invoering van het wetboek, of keerde men in de jurisprudentie terug tot de oplossing van het oude recht, zelfs als de wetgever daarvan had afgeweken.

De diepere oorzaak van deze verschijnselen lijkt te zijn dat het aantal juridische problemen en oplossingen daarvoor, bij alle diversiteit en variatie, in essentie gelimiteerd is. De kwestie van de bepaalbaarheid van de koopprijs kan dat illustreren.

De inwendige ontwikkeling

Romeins recht

Nadat het voorstel van de Sabiniani om ook ruil als een vorm van koop te beschouwen³⁵ was afgewezen,³⁶ gold de regel *sine pretio nulla venditio*.³⁷ Uit het algemene overeenkomstenrecht vloeit voort dat onderscheid wordt gemaakt tussen enerzijds de essentialia van het contract waarover consensus moet bestaan, en anderzijds de accidentalia waarvoor die eis niet geldt. Bij koop viel overeenstemming niet slechts over het bestaan van een prijs, maar ook over de hoogte daarvan per definitie onder de essentialia.³⁸ De prijs moest derhalve 'certum' zijn, d.w.z. door partijen gezamenlijk³⁹ bepaald, of althans objectief

³⁵ Gaius, Inst. 3,141; D. 18,1,1 pr./1; Inst. 3,23,2 en 3,24,2. Vgl. D. 18,1,39,1, Cato, De agricultura, 146,1, Plinius, Nat. hist. 9,55,17 en Moritz Voigt, Römische Rechtsgeschichte, Stuttgart 1899, B. 2, p. 921 nt 3.

³⁶ D. 19,4,1; 19,5,5,1; C. 6,46,1 en 7 (zulks tot verdriet van Schulz, Classical Roman Law, Oxford, 1961, p. 523).

³⁷ Inst. 3,23,1; D. 18,1,2,1 en 37; C. 4,38,15,2 ('... nullo pretio statuto ...') en 4,21,17 pr. i.f. ('... pretio statuto ...'). Zie voorts de plaatsen bij Vinnius ad Inst. 3,23,1 ad Notae nr 1 en Commentarius nr 1; cassatiemiddel bij Cass. 14 Frimaire an 14, S.chr. ..., Merlin, R. s.v. Double écrit nr 11; De Senarclens in Mélanges Paul Fournier, 1929, p. 694/695, en Witz, p. 11.

³⁸ Gaius, Inst. 3,139; D. 18,1,9 pr. en 72 pr. ('... emptionis substantia consistit ex pretio'); Inst. 3,23 pr. Vgl. Kaser, I, p. 237 i.f.

³⁹ In de praktijk kwam na ca. 400 na Chr. bepaling van de prijs door de verkoper voor: Steinwenter in SZRA 74 (1957), p. 21, die in dat verband verwijst naar D. 50,17,22,1 en de Basilica-scholia op B. 39,1,83 = C. 5,11,3 (ed. Heimbach, III, p. 428/429; ed. Scheltema BS 2086, scholion 4 regels 30 t/m 34). Noch D. 50,17,22,1 noch die scholia bevatten echter een aanwijzing dat in de doctrine de bijzondere positie van koop t.o.v. het algemene overeenkomstenrecht opgeheven zou zijn. Zie wat de praktijk betreft ook paus Gregorius I, Epistulae, M.G.H. (Ep.), I, 42.

bepaalbaar⁴⁰ (*certum est quod certum reddi potest*).⁴¹ Daarvan was ook sprake als partijen overeenkwamen dat niet zij maar een derde de prijs zou vaststellen. Dat was althans de uitkomst van de discussie waarover Gaius⁴² ons bericht. Justinianus maakte een definitief einde aan de verdere⁴³ vragen waartoe deze mogelijkheid van bepaling *arbitrio alieno* kennelijk aanleiding had gegeven:

De prijs behoort echter wel te worden vastgesteld; geen koop kan immers zonder prijs bestaan. Ook moet het een welomschreven prijs zijn. In het geval dat men onderling overeengekomen is dat een zaak voor het bedrag dat Titius haar waard zal achten gekocht zal worden, werd er onder de oude juristen in hoge mate over getwijfeld of er al dan niet een verkoop tot stand kwam. Maar in Onze beslissing is aldus verordend dat, wanneer een verkoop gesloten is 'voor het bedrag dat X zal taxeren', het contract bestaat onder de voorwaarde dat, indien de aangewezen persoon de prijs vastgesteld heeft, zonder meer volgens zijn taxatie de prijs betaald en de zaak geleverd moet worden, zodat de verkoop werkzaam wordt; de koper kan dan met een actie uit koop en de verkoper met die uit verkoop procederen. Als daarentegen de aangewezen persoon de prijs niet wil of niet kan bepalen, zal de verkoop voor niet-gesloten worden gehouden, als ware geen prijs vastgesteld. Omdat Wij inzake verkoop tot deze rechtsregel besloten hebben, is het niet ongerijmd hem ook op alle vormen van huur en verhuur toe te passen.⁴⁴

⁴⁰ Inst. 3,23,1; Fragm. Vaticana 9. Indirect: o.a. D. 18,1,7,1 en 37. Zie Bechmann p. 340-344; Fels, p. 3; J.A.C. Thomas, *Marginalia on certum pretium*, in: TvRg 35 (1967) p. 77/78; Witz, p. 11/12. Vgl. D. 30,71 pr. t.a.v. de bepaalbaarheid van een legaat; D. 28,5,63 (62),1 en 35,1,33,1 t.a.v. de regel dat de legataris slechts bepaalbaar hoeft te zijn, en Inst. 2,20,25 en D. 34,5,7 (8),1 t.a.v. de aanwijzing van een incerta persona ex certis. De bepaalbaarheidseis t.a.v. de prijs bij koop is een specifieke uitwerking van de algemene regel dat de prestatie bij overeenkomsten bepaalbaar moet zijn: o.a. D. 13,4,2,5; 45,1,75,1; eod. 94, 95 en 115 pr.; C. 4,35,17 en 5,11,1; Kaser, I, p. 490; Pothier, *Traité des obligations*, nrs 131 en 137 en bv. artt. 1108 i.f. en 1129 C.c., en *La détermination du prix* p. 30/31. Het principe van de bepaalbaarheid wordt in het moderne recht, behalve aan het object van de prestatie, ook wel gerelateerd aan het punt van de essentialia van de overeenkomst of afwezigheid van consensus bij onbepaalbaarheid: *La détermination du prix*, p. 13.

⁴¹ D. 18,1,7,1; eod. 37; 19,1,13,24. Zie echter ook D. 18,1,7,2.

⁴² Inst. 3,140. Zie ook Inst. (Just.) 3,23,1 en C. 4,38,15 pr./1.

⁴³ C. 4,38,15. Vgl. Bechmann, p. 345-347 en Witz, p. 13. Gaius (Inst. 3,140) meldt ons dat de strijd ging over de vraag of bepaling door een derde überhaupt was toegestaan (vgl. Fels, p. 45/46). Welke van de nadere strijdsvragen zoals door Justinianus als één van de quinquaginta decisiones zijn beslist ten tijde van Gaius ook al aan de orde waren, kan m.i. niet rechtstreeks uit de relevante teksten afgeleid worden. Vgl. Fels, p. 46/47. Kaser, II, p. 338, spreekt over 'Streitfragen der Klassiker'; Vinnius weet zelfs het belangrijkste argument in die strijd te noemen t.w. D. 35,2,63 pr. Ook werd wel verwezen naar D. 31,1 (zie bv. Godofredus, *Corpus Iuris* [...] cum notis, ad D. 19,2,15, nt 26).

⁴⁴ Inst. 3,23,1 *Pretium autem constitui oportet: nam nulla emptio sine pretio esse potest, sed et certum pretium esse debet. Alioquin si ita inter aliquos convenerit, ut, quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empti: inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, sive constat venditio sive non. Sed nostra decisio ita hoc constituit, ut, quotiens sic composita sit venditio quanti ille aestimaverit, sub hac condicione stare contractus, ut, si quidem ipse qui nominatus est pretium definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et pretium persolvatur et res tradatur, ut venditio ad effectum perducatur, emptore quidem ex empto actione, venditore autem ex vendito agente. Sin autem ille qui nominatus est vel noluerit vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem quasi nullo pretio statuto. Quod ius cum in venditionibus nobis placuit, non est absurdum et in locationibus et conductionibus trahere.*

Uit de tekst blijkt het volgende:

- Hoewel bepaling door een derde is toegestaan, is dan de koop pas *perfecta* zodra de derde de prijs heeft vastgesteld.⁴⁵
- Dit correspondeert met de beslissing dat bepaling door de derde een voorwaarde is voor het totstandkomen van de koopovereenkomst.⁴⁶
- Wie de derde is, moet *certum* zijn. Hij moet dus specifiek, niet onbepaald (in *arbitrium boni viri*) zijn aangewezen door partijen.⁴⁷
- Als de derde de prijs niet wil of kan vaststellen, is er geen koop tot stand gekomen,⁴⁸ hetgeen eveneens weer correspondeert met het uitgangspunt dat zo'n bepaling een voorwaarde is.

Twijfel bestaat over de vraag of Justinianus ook heeft willen toestaan dat als de derde een onbillijke prijs vaststelt die prijs *per arbitrium boni viri* gecorrigeerd kan worden.⁴⁹ In het gerecipieerde recht werd de mogelijkheid van zo'n correctie toegelaten, echter op grond van *leges* die niet op koop betrekking hebben.⁵⁰

De eenvoud van dit overzichtelijke schema is echter verstoord door de discussie over de vraag of partijen terzake van de prijs ook kunnen verwijzen naar hetgeen billijk is, of, nog een stap verder, de bepaling van de prijs aan één van hen kunnen overlaten. De vraag is of zo'n prijsbepaling nog in overeenstemming is te brengen met de regel dat de prijs *certum* moet zijn.

Allereerst de vraag of een verwijzing naar hetgeen billijk is, was toegelaten. Volgens

⁴⁵ Inst. 3,23,1 ('... ad effectum perducatur ...'); C. 4,38,15,1 ('... ad effectum pervenire ...'); Theophilus-parafrase, ed. Reitz, Den Haag, 1751, T. 2 ad Inst. 3,23,1.

⁴⁶ Inst. 3,23,1; C. 4,38,15,1; D. 19,2,25 pr. voor huur.

⁴⁷ C. 4,38,15,2 (vgl. ook C. 6,43,3,1a en 1b en voor huur D. 19,2,25 pr.). Zie o.a. Vinnius III, 24, nr 3 op Inst. 3,23,1; Voet, 18,1,23 (onder verwijzing naar D. 20,1,16,9 als uitzondering; vgl. H. Fels p. 9 (Donellus)); Witz, p. 13/14.

⁴⁸ Inst. 3,23,1 i.f.; C. 4,38,15,2. Zie ook D. 45,1,43 en 44 en 19,2,25, pr. i.f. voor huur. Zie voor het gerecipieerde recht Bernard Automne, La conférence du droit François avec le droit Romain [...], ad C. 4,38,15, Parijs, 2e ed. 1615, p. 684; Pothier, Traité de la vente nr 24: partijen zullen deze derde en geen andere gewild hebben; Merlin, R. s.v. Vente § 9 nrs 1 en 1bis; Troplong, Vente, nr 156 nt 8; Cass., 1, Ventôse an 10, S. chr. I.1.595; Witz, p. 14 nt 46. Zo ook het ALR, I, 11, § 51; artt. 1592 C.c. en 1501 3e zin Nederlands BW-1838; § 319 BGB (bij bepaling door de derde nach freien Belieben) en Sect. 9 (1) van de Sale of Goods Act 1893; Murray, p. 492 en de verwijzingen aldaar in nt 13. Anders: art. 1473 van de Italiaanse Code van 1942. Een voorziening die het contract dan toch in stand laat komt ook in veel Latijns-Amerikaanse landen voor: Murray, p. 498.

⁴⁹ Zie Bechmann, p. 345/346 en Fels, p. 53/54: aangezien bepaling door een derde bij Justinianus als een conditie is geconstrueerd, is aantasting van zo'n prijsvaststelling alleen mogelijk als de conditie niet behoorlijk vervuld wordt, bv. als de derde de instructie van partijen niet volgt of vanzelfsprekende gegevens over het hoofd ziet. Dat het resultaat van de prijsbepaling aan de billijkheid moet voldoen wordt niet geëist. Deze beperkte mogelijkheid van correctie doet denken aan de bepaling nach freien Belieben van het BGB. Het onderscheid tussen bepaling nach billigem Ermessen of freien Belieben is vermoedelijk gebaseerd op het onderscheid tussen het *arbitrium boni viri* en het *arbitrium merum* dat in het Romeinse recht bestaan zou hebben (zie Zimmermann, Law of obligations, p. 529, vgl. La détermination du prix, p. 71).

⁵⁰ D. 17,2,76 e.v., met name D. 17,2,79; vgl. D. 50,17,22,1 en C. 6,43,3,1a i.f. Zie bv. Simon van Leeuwen, Censura forensis [...], Leiden 1662, IV, 19, 2; Vinnius, l.c. nr 5 en Fels, p. 7/8.

Windscheid⁵¹ was dat het geval. Onder zo'n verwijzing viel volgens hem zelfs de situatie dat over de koopprijs niets gezegd is. Dan is de koop tot stand gekomen mits de koper geen onbillijke prijs vordert.⁵² Als die - billijke - prijs eenmaal genoemd is, kan daarna de verkoper de prijs niet meer verhogen. Door die prijs te noemen 'bringst er das Geschäft zum Abschluss'.⁵³ Deze opvatting laat in feite de gedachte dat 'bepaald' betekent bepaald of bepaalbaar gesteld, *door beide partijen gezamenlijk*,⁵⁴ vallen. En inderdaad trok Windscheid die consequentie door vervolgens te verdedigen dat het Romeinse recht toestond die bepaling over te laten aan koper of verkoper. Dat zou met name⁵⁵ voortvloeien uit D. 18,1,35,1.⁵⁶

De kernvraag is wat in die lex precies betekent '*negotium imperfectum*'. De algemene betekenis is zoiets als onvoltooid, onvolkomen.⁵⁷ Maar de vraag is wat van die onvoltooidheid in concreto, in D. 18,1,35,1, het rechtsgevolg is. In het gerecipieerde recht placht men 'imperfectum' te lezen als: de koop is wegens het ontbreken van een pretium certum (nog) niet tot stand gekomen, m.a.w. noch koper noch verkoper kan uit koop ageren. Imperfectum is hier dus (nog) niet bestaand (wat de Romeinen noemden: *nil agitur*⁵⁸) en in zoverre dus nullum.⁵⁹ Toch heeft men wel gepoogd om in die lex iets meer te lezen. Zo zag bv. Noodt⁶⁰ in D. 18,1,35,1 een aanbod van de verkoper aan de koper om de zaak te kopen voor een nader door de koper op te geven billijke prijs, welk aanbod de verkoper, zolang de koper die prijs niet had genoemd niet zonder meer in kan trekken.⁶¹ Naast de opvatting dat geen van beide partijen gebonden is, of dat alleen de verkoper gebonden is, bestaat de door Windscheid verdedigde mening dat er sprake is van een binding van beide contractanten. Hij zag D. 18,1,35,1 als een geval van een 'aufschiebend bedingtes Geschäft'.⁶²

⁵¹ Windscheid/Kipp, Band 2, p. 631, met beroep op D. 20,1,16,9. Contra: Bechmann, p. 348-351. Vgl. ook Noodt o.c. p. 389 i.f./390 en Troplong, Vente, nr 157 (de prijs is in die lex een accessoir van de pandovereenkomst), en Fels p. 5 en nt 6 aldaar (iusto pretio in D. 20,1,16,9 wellicht geïnterpoleerd).

⁵² Windscheid/Kipp, Band 2, p. 631/632.

⁵³ Ibidem, l.c. nt 5a.

⁵⁴ Zo (door *partijen*) bv. Troplong, Vente, nr 151. Vandaar, aldus Troplong, dat ook de Code, in art. 1591, eist: 'par les parties'. Dit artikel is in de Franse opvatting een toepassing van het beginsel van art. 1129 dat de prestatie bepaalbaar moet zijn: La détermination du prix, p. 17/18.

⁵⁵ Windscheid verwijst voorts naar D. 17,2,77 en 79, 18,1,7 pr. (zie de eerste zin), 19,2,24 pr., 50,17,22,1 en C. 5,11,3.

⁵⁶ Voor de tekst zie p. 2.

⁵⁷ Heumann/Seckel, Handlexikon [...], 11e ed., Graz, 1907, s.v. Imperfectus, p. 249; Thomas o.c. p. 83: conditioneel, of ook wel not yet in existence (zie nt 27 bij Thomas voor een opgave van Romeinsrechtelijke leges); Kaser I, p. 247 nt 5: meestal: niet tot stand gekomen. Vgl. ook Zimmermann in Feenstra/Zimmermann (ed.), Das römisch-holländische Recht [...], Berlijn, 1992, p. 151.

⁵⁸ Zie bv. D. 19,2,52.

⁵⁹ Zie bv. Pothier, Traité de la vente, nr 29, en zijn Pandectae Justinianae ad D. 18,1 nr 27: uit de eis van een pretium certum vloeit voort ('Hinc') de bepaling van D. 18,1,35,1 (bepaalbaarheid en verwerping van eenzijdige prijsbepaling vloeien dus ineens); Zoesius, Commentarius ad Digestorum [...], 4e ed. Brussel, 1718, ad D. 18,1 nr 34; Voet, 18,1,23 en D.G. van der Keessel, Praelectiones iuris hodierni ed. Van Warmelo e.a., Amsterdam/Kaapstad, B. 4, 1966, p. 382 ad De Groot's Inleidinge, III,14,23.

⁶⁰ Digestencommentaar op D. 18,1,35, Opera omnia [...], Leiden, 1735, p. 389.

⁶¹ Vgl. Bechmann, p. 347/348. Evenals Noodt Donellus: Fels, p. 11 en nt 12 aldaar. Vgl. ook Opzoomer o.c. p. 35 nt 3.

⁶² Windscheid/Kipp, Band 2, p. 632: 'Ist die Bestimmung des Kaufpreises dem Käufer ... überlassen, so ist im Zweifel als der Wille des Vertragsschliessenden anzunehmen, dass das billige Ermessen, nicht dass die

Het betoog van Windscheid is overgenomen en nader uitgewerkt door Daube.⁶³ *Imperfectum*, aldus Daube, is niet *nullum*, maar nog niet *effective*, zoals bij een conditionele koop. Bovendien, aldus Daube, zijn in D. 18,1,35,1 drie gevallen samengetrokken. Koop 'for what you wish' leidde tot nietigheid omdat dan de prijs immers uitsluitend aan de willekeur van de koper is overgelaten, maar bij de andere twee gevallen ('voor wat u billijk acht' en 'voor wat u het waard acht') was de koop geldig, zij het (nog) imperfect tot de prijs was genoemd. Die prijsbepaling was in die laatste gevallen niet geheel aan de willekeur van partijen overgelaten, immers 'pointing to some external standard'.

De betogen van Windscheid en Daube hebben geen aanhang gevonden. Kaser⁶⁴ constateert dat *imperfectum negotium* in D. 18,1,35,1 'wohl das nichtige Geschäft' betekent. Dat is de heersende leer.⁶⁵

Als die leer juist is, hebben de Romeinen strak vastgehouden aan de regel dat prijsbepaling door één der partijen niet is toegestaan. Hoe valt dat te rijmen met het feit dat bij overeenkomsten in het algemeen weliswaar de prestatie bepaald moet zijn,⁶⁶ maar dat al vroeg bepaling van die prestatie door één der contractanten werd toegelaten, met als maatstaf het *arbitrium boni viri*?⁶⁷ De verklaring voor deze afwijking van het algemene overeenkomstenrecht ligt in de regel *periculum est emptoris*. Het risico ging pas over op de koper bij een *emptio perfecta*.⁶⁸ Het moment van voltooiing van en dus het moment van *consensus* over de koopprijs bood daartoe het veiligste aanknopingspunt.⁶⁹

Ius commune

In de *middeleeuwen* week men nog niet af van de Romeinsrechtelijke regel dat prijsbepa-

Willkür ... entscheiden solle', en nt 6 aldaar: 'Bis die betreffende Bestimmung getroffen ist, ist das Geschäft negotium imperfectum (C. 35 § 1 D. 18,1), aber deswegen nicht ungültig'. Zo ook Ude: zie Witz, p. 14 nt 52. Contra: Dernburg, Pandekten II, 1886, § 15 nt 7. De formulering '... aequum putaveris ...' etc. in D. 18,1,35,1 geeft bij Windscheid c.s. kennelijk aanleiding tot een onderscheid met het geval dat de koper of verkoper naar pure willekeur de prijs zou kunnen vaststellen, dus op grond van 'das blossie Wollen an sich (si velit)' (Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, B. 3, Berlin, 1840, p. 131) in D. 18,1,7 pr.

⁶³ Certainty of price, in: Studies in the Roman Law of Sale. Dedicated to the memory of Francis de Zulueta, ed. David Daube, Oxford 1959, p. 9-45 (ook in Collected Studies in the Roman Law, ed. Cohen/Simon, II, Frankfurt a/M, 1991, p. 757-788), in het bijzonder p. 21 e.v.

⁶⁴ Bespreking van het in de vorige noot genoemde artikel in ZSRA 77 (1960), p. 461. Zie ook Kaser I, p. 490 en 550 nt 44.

⁶⁵ Zie bv. Zimmermann, Law of Obligations, p. 254 nt 125 en Witz, p. 14/15, die wijst op het argument dat als 'imperfectum' niet *nullum* zou betekenen en dus prijsbepaling door één der partijen wel erkend zou zijn geweest de hele controverse over de vraag of een derde de prijs kan bepalen moeilijk denkbaar is. (Vgl. ook Witz, p. 47 m.b.t. eenzelfde argument ex art. 1592 C.c.). Als nadere argumenten zou men kunnen aanvoeren: 'Illud' in D. 18,1,35,1 lijkt er op te wijzen dat het gaat over de vraag of een contract tot stand komt (vgl. Bechmann, p. 348); C. 4,38,13; Inst. 3,23,pr. ('.. non aliter perfectam esse ...'); Basilica, B. XIX,1,35 (= D. 18,1,35), D. 18,1,2,1 ('.. conventio perficit ...'), en 18,1,9 pr. Dat de prijsbepaling niet van één partij afhankelijk mocht zijn valt voorts af te leiden uit D. 18,1,7 pr. ('... nam si arbitrium domini accipiamus, venditio nulla est, ..') en 45,1,17, eod. 46,3 en 108,1. Een nader argument is, dat een puur potestatieve conditie t.b.v. de debiteur niet was toegestaan: Witz, p. 15 nt 58.

⁶⁶ Fels, p. 56 e.v.

⁶⁷ Kaser I, p. 490, en II, p. 338 nt 24. Zie t.a.v. sociëteitsaandelen D. 17,2,6 en daarover Bechmann, p. 339.

⁶⁸ D. 18,6,8 pr.

⁶⁹ Witz, p. 16. Vgl. daarmee de eis dat de prijs *door partijen* bepaald moet worden in art. 1591 C.c.

ling door één der partijen niet mogelijk was. Eerder versterkte op dit punt de canoniek-rechtelijke overeenkomstenleer, die de basis zou gaan vormen voor wat later de autonomie de *la volonté* is genoemd, het gerecipieerde Romeinse recht.⁷⁰ Wel opende de nadruk die in de Glosse op C. 4,38,13⁷¹ werd gelegd op het verschil tussen essentialia (substantialia) en accidentalia de mogelijkheid voor een ontwikkeling waarbij conform het algemene overeenkomstenrecht onder consensus niet per se consensus over de hoogte van de prijs verstaan moest worden en ging de glosse op C. 4,38,15 er van uit dat een onbillijke bepaling door een derde aantastbaar was.

Ook het latere *ius commune* volgde nog in hoofdzaak het Romeinse recht.⁷² Pogingen om onder de strenge Romeinsrechtelijke pretium-certumleer uit te komen met behulp van het Romeinse recht zelf via de constructie van een innominaatcontract werden als hetzij een overbodige subtiliteit⁷³ hetzij ontoelaatbaar⁷⁴ verworpen.

Het was niettemin deze constructie die het Hof in de aan het begin van dit artikel beschreven casus voor ogen stond. Als een overeenkomst van het type *do ut des* niet viel onder één van de bekende vormen van een consensueel contract, en één van de partijen had gepresteerd en de andere nog niet, dan had de partij die gepresteerd had een *actio praescriptis verbis*. Een actie upon an executed consideration zou een Engelse jurist zeggen.⁷⁵ De redenering van het Hof was dus: het gedicht is geleverd, afgenomen en betaald dus is er in ieder geval zoal geen koop, dan toch een voltooid en uitgevoerd contractus innominatus *do ut des* tot stand gekomen.

In *Frankrijk* verdedigde Pothier⁷⁶ dat de prijs voldoende bepaald was als de prijs zo hoog zou zijn 'que la chose vaut', want, zo meende hij, dan worden partijen geacht de prijs door experts te hebben willen laten bepalen. In de discussie over de vraag of de derde geheel naar willekeur de prijs kan vaststellen, dus ook een onbillijke prijs, sloot hij aan bij de glosse op C. 4,38,15.⁷⁷

In het latere *Rooms-Hollandse* recht zijn er aanwijzingen dat de jurisprudentie versoepeling nastreefde van het pretium-certumsysteem voorzover het ging om de onmogelijkheid

⁷⁰ Corbisier, p. 773.

⁷¹ Glosse *In vendentis*, ad *Accidentale autem*, met verwijzing naar o.a. D. 17,2,76.

⁷² Zie bv. Vinnius l.c. en Voet, l.c.; De Senarclens in *Mélanges Paul Fournier*, 1929, p. 686.

⁷³ Pothier, *Traité de la vente* nr 25: het hanteren van die constructie in geval van prijsbepaling door een derde is niet nodig, want zo'n prijsbepaling is gewoon geldig.

⁷⁴ Vgl. Troplong, *Vente*, nr 159 nt 7 (Pinellus ad D. 18,5,2), en Fels, p. 5/6 (Inst. 3,24 pr. en D. 19,5,22) en 9.

⁷⁵ R.W. Lee, *The Elements of Roman Law* [...], 4e ed. Londen, 1956, p. 341. Vgl. Vinnius, ad Inst. 3,23,1 nr 2. Zie t.a.v. de redenering dat koop zonder prijs als een innominaatscontract gezien kan worden ook Lee, *An Introduction to Roman-Dutch Law*, Oxford, 5e ed., 1953, p. 292.

⁷⁶ *Traité de la vente*, nr 26, met een beroep op D. 34,5,12 (13). Onder de Code werd deze leer in de periode van de école romaniste nog gevolgd (Dalloz, *Jurisprudence du XIXe siècle ou recueil alphabétique* [...], Brussel 1828-1832, deel 28, s.v. *Vente et échange* nr 45 (p. 74), maar daarna verworpen i.v.m. art. 1592 C.c. (partijen moeten de derde aanwijzen). Pothier hield wel vast aan de eis dat de prijs niet door partijen kon worden bepaald.

⁷⁷ *Ibidem* (Pothier) nr 24 (correctie in ieder geval bij *laesio enormis* en bij een minder groot verschil ter discretie van de rechter; Troplong, *Vente* nr 158; zie ook de glosse *In vendentis*, ad *Si autem arbitratu*, op C. 4,38,13).

van prijsbepaling door één der partijen⁷⁸ of om koop voor een *iustum pretium* bij zaken die een marktprijs hebben.⁷⁹ Vinnius⁸⁰ maakte melding van het handelsgebruik dat een zekere inbreuk maakte op de regel dat bij prijsbepaling door een derde deze niet onbenoemd kan worden aangewezen en verdedigde voorts dat correctie van een onredelijke bepaling door een derde, mogelijk is.

In *Duitsland*⁸¹ en in *Engeland*⁸² waar de autonomie *de la volonté* bekend was als de *principle of freedom of contract*, week men vóór de negentiende eeuw niet af van het *ius commune*.

De begin 19e-eeuwse codificaties

De *Franse Code civil* bevat in de artt. 1108 en 1129 inzake het algemene overeenkomstenrecht, en 1582, 1583, 1591 en 1592 inzake koop, het Justiniaanse systeem. Dat betekent dat de prijsbepaling niet mag afhangen van de wil van één der partijen. De autonomie *de la volonté* heeft betrekking op de concordantie van de wil van elke partij, op de gezamenlijke partijwil of de consensus.⁸³ Men houdt dus vast aan de leer van het *Ius commune*: Pretium certum betekent bepaalbaar en daarvan is bij éénzijdige prijsbepaling geen sprake.⁸⁴

Behalve de geldigheid van bepaling voor een *juste prix*⁸⁵ verwierpen bv. Merlin en Marcadé ook expliciet de geldigheid van een *promesse de vente* zonder dat de prijs is genoemd.⁸⁶ Prijsbepaling door een (nog) onbenoemde derde, dus door 'experts dont les parties conviendront', is nietig aldus bv. Delvincourt.⁸⁷ Evenmin is vervanging mogelijk

⁷⁸ Cornelis van Bynkershoek, *Observationes Tumultuariæ*, ed. Meijers e.a., Haarlem 1939, T. 2 nrs 1558 en 1791; Zimmermann, *Law of Obligations*, p. 255 nt 133.

⁷⁹ Fels, p. 9.

⁸⁰ Ad Inst. 3,23,1 ad 4 i.f. t.a.v. de afspraak experts te kunnen benoemen en ad 5 t.a.v. correctie van een onbillijke prijsbepaling door een derde. Vgl. ook Fels p. 9.

⁸¹ Vgl. Opzoomer o.c. p. 35 nt 3 (Glück).

⁸² Corbisier, p. 793/794; Witz, p. 93.

⁸³ Zie bv. Marcadé, *Cours élémentaire de droit civil français* [...], 5e ed., Parijs 1850-1854, deel 6 ad de artt. 1591 en 1592 C.c. (p. 174) en Troplong en Hof Pau, 9 juli 1888, D. 89,2,262. Vgl. ook Corbisier, p. 772/773 en Witz, p. 46/47.

⁸⁴ Vgl. Troplong, *Vente*, nr 151: in D. 18,1,35,1 is sprake van strijd met de bepaalbaarheidseis.

⁸⁵ Fels, p. 20/21; Troplong, *Vente*, nr 159; Aubry/Rau, *Cours de droit civil français* [...], bv. 3e ed. 1856/1858, deel 3, § 349. Genuanceerder: Cass. 30 april 1822, S.chr. VII.1.62: de prijs is bepaalbaar als is verkocht voor 'bon prix et satisfaction'. Dat arrest wordt door Fels, p. 21/22 als een 'Mittelmeinung' (tussen Pothier en de 19e-eeuwse auteurs) aangeduid.

⁸⁶ Merlin, R. s.v. *Vente*, § 7 nr 3; Marcadé o.c. ad art. 1589 C.c. sub II (p. 159/160). Zie ook Fels, p. 26/27. Pothier, *Vente* nrs 481 en 482, had verdedigd dat dan 'le juste prix' is te bepalen door 'experts dont les parties conviendront' onder verwijzing naar het geval dat de testateur zijn erfgenaam de last oplegt iets te verkopen zonder de prijs te noemen: D. 30,49,8.

⁸⁷ *Cours de Code civil*, Parijs, 1819, deel 3, p. 355 (Nouvelle édition, Brussel, 1825, deel 7, p. 96), contra Pothier, *Traité de la vente*, nr 25. Vgl. Fels, p. 19/20. Wel gaf Delvincourt toe dat Vinnius in zijn *Institutencommentaar* al had opgemerkt dat in het handelsgebruik een uitzondering op deze regel bekend was. De discussie over de vraag of koop onder het beding dat de prijs door een derde zal worden bepaald die nog moet worden aangewezen, geldig is, is een voorbeeld van het genoemde verschijnsel dat ondanks de codificatie een discussie uit het droit ancien vaak werd voortgezet: zie Dalloz, o.c., l.c. nr 43; de noten

van een weigerachtige derde door een door de rechter te benoemen derde.⁸⁸ Aantasting van de schatting door een derde was slechts mogelijk op grond van *lésion*⁸⁹ of een wel zeer grove onbillijkheid.⁹⁰

Als de prijs niet een *pretium certum* is, kan er soms wel sprake zijn van een geldig *contractus innominatus do ut des*, aldus het Cour de Cassation in 1807.⁹¹

Men kan verschillende verklaringen bedenken voor deze strak aan het Romeinse recht vasthoudende opstelling, die zelfs een aantal stappen terug inhoudt ten opzichte van Pothier. Behalve de vrees voor willekeur indien de prijs eenzijdig zou kunnen worden vastgesteld, zal een rol hebben gespeeld dat in het Franse gecodificeerde recht de overeenkomst niet slechts een *titulus* maar ook een *modus acquirendi* is (art. 711 en 1583 C.c.). Het is dan wenselijk een duidelijk aanknopingspunt te hebben voor het moment waarop de koopovereenkomst ontstaat.⁹² Ook is het mogelijk dat de gedachte van bv. Domat dat de rol van de rechter bij de interpretatie van de partijwil (*consensus*) in de strakke opvatting beter te minimaliseren is, van invloed is geweest.⁹³

In Nederland gold van 1811 tot 1838 de Franse Code civil en vanaf 1838 het Nederlandse BW dat ten aanzien van koop - behoudens art. 1583 over de eigendomsovergang - dezelfde (Franse) bepalingen inhield. Men volgde ook na 1838 in essentie⁹⁴ het strenge Franse

bij Cass. 18 mei 1814, S.chr. IV.1.564 en bij Hof Limoges, 4 april 1826, Schr. VIII.2.216, en voorts Rb Pontoire, 26 juli 1831 bij Hof Parijs, 18 november 1831, S. 31.2.239 (D. 32.2.134): als de derde niet op grond van zijn specifieke kwaliteiten is aangenomen, is de koop geldig. Contra: Hof Pau, 30 november 1859, D. 60.2.36: de koop is nietig temeer daar in casu niet is vol te houden dat de keuze van de arbiter 'une chose indifférente' was. In die laatste zin (nietig) ook de meeste auteurs: Fels, p. 23/24 (zie bv. Troplong, Vente, nr 157). De poging van het Hof Parijs, 6 juli 1812, S.chr. IV.2.151 om in een weigering de derde aan te wijzen een schending van art. 1134 C.c. te zien, is geen heersende leer geworden: Corbisier, p. 776/777.

⁸⁸ Zie bv. Troplong, Vente nr 156 (contra het in de vorige noot genoemde arrest Hof Parijs, 18 november 1831) en vgl. Hof Dijon, 15 februari 1893, D. 93.2.168 in een geval waarbij partijen het over de benoeming van de derde niet eens konden worden.

⁸⁹ Contra: Troplong, Vente nr 158, op grond van zijn opvatting van C. 4,38,15,1.

⁹⁰ Fels, p. 24/25; Dalloz o.c. l.c. nr 45 en Hof Toulouse, 25 februari 1820, S.chr. VI.2.213. Dalloz o.c. p. 75: weliswaar zeggen Pothier en Vinnius dat er gevallen zijn dat correctie mogelijk is, maar dan moet de onbillijkheid manifest zijn of moet er sprake zijn van een 'erreur grossière'. Vgl. ook Troplong, Vente, nr 158, Opzoomer o.c. p. 77 nt 1, § 319-1 BGB en art. 1349-1 van de Italiaanse Code.

⁹¹ Proc. gen. Merlin bij Cass. 2 februari 1807, S.chr. II.1.342/3: reeds uitgevoerd koopcontract waarbij een deel van de prijs uit een 'rente viagère' bestond.

⁹² Vgl. Witz, p. 27 en 49. De parallel met de reden die de Romeinen ertoe bracht aan de leer van een *pretium certum* vast te houden, de risicoregel dringt zich op. Overigens is het materiële onderscheid tussen enerzijds het Franse en anderzijds het Romeinsrechtelijke systeem geleidelijk verkleind: zie bv. Ferrari in ZEuP, 1993, p. 52 e.v. (daarover Schulz in ZEuP 1993, p. 469/470), en de door de Franse doctrine en jurisprudentie aangebrachte mitigering van de werking van art. 1599 C.c.; een schoolvoorbeeld van het genoemde verschijnsel dat hetgeen men billijk achtte in overeenstemming werd verklaard te zijn met de Code.

⁹³ Witz, p. 27/28. Inter consentientes partes nullum est officium judicis: Merlin, R. s.v. Peine contractuelle § 2 nr 4.

⁹⁴ Zie bv. C.W. Opzoomer, Het Burgerlijk Wetboek verklaard, 's-Gravenhage, 1874-1885, deel 8, ad art. 1501 (p. 33 e.v.). Het enige punt dat aanleiding gaf tot discussie was de vraag of bij prijsbepaling door een derde al dan niet sprake is van een voorwaardelijke koop. De Franse leer was (zie voor het recht direct voor en na de invoering van de Code: Trib. de cass. 15 Ventôse an VI, S.chr. I.1.91; nt bij Cass. 14 april 1807, S.chr.

systeem. Het reeds genoemde arrest van de Hoge Raad uit 1898 is daar een voorbeeld van. In het *'gemeine Recht'* werd onder invloed van de eisen van het handelsverkeer niet slechts het begrip bepaalbaar ruim genterpreteerd, maar werd uiteindelijk zelfs de bepaling van de prijs door één van partijen binnen de grenzen van de billijkheid toegelaten.⁹⁵ Daarbij werd de Romeinsrechtelijke afwijking bij koop van het algemene overeenkomstenrecht op grond van de risicoregel, deels geneutraliseerd door de constructie van een voorovereenkomst (Kaufvorvertrag).⁹⁶ Het automatisme dat als de derde de prijs niet wil of kan bepalen er dus geen koopovereenkomst bestaat werd eveneens ter discussie gesteld,⁹⁷ evenals de regel dat de derde niet onbepaald kan worden aangewezen.⁹⁸

De *Engelse Sale of Goods Act* van 1893 zou, zo leert men,⁹⁹ het case-law uit de 19e eeuw gecodificeerd hebben in de vorm van wettelijke uitlegging van de jurisprudentie m.b.t. *implied terms*. Al in 1834 treft men een rechterlijke uitspraak aan dat bij gebreke van een prijs een *reasonable* prijs geldt.¹⁰⁰ Terwijl de autonomie *de la volonté* buiten Engeland als gezamenlijke partijconsensus werd opgevat, waardoor overeenstemming over de prijs nodig was, leidde de Engelse variant van die autonomie, te weten het *principle of freedom of contract* en de regel *courts do not make contracts*¹⁰¹ al vóór 1893 tot dit afwijkende resultaat.¹⁰²

Het moderne recht

Bepaalbaarheid van de prijs

Een kenmerk van de moderne ontwikkeling is het oprekken van het begrip bepaalbaar. In de *Engelse Sale of Goods Act* van 1893, Section 8, is het uitgangspunt dat de prijs bepaald of bepaalbaar is op grond van het contract, maar 'bepaalbaar' wordt, zoals nog zal blijken, zeer ruim uitgelegd.

II.1.372; Rb Pamiers, 25 april 1825, S.chr. VIII.2.66) en is (Witz, p. 54/55) dat het een voorwaardelijke koop is, dus de Justiniaanse constructie. Zie t.a.v. Nederland op dit punt Opzoomer o.c. p. 37; N.K.F. Land, Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, deel 5, 2e dr. (C.W. Star Busmann), Haarlem, 1915-1932, p. 18 nt 5, en Tan Tjeng Eng, De verplichtingen van den koper, Rotterdam, 1928, p. 9: tegen de constructie van een voorwaardelijke koop kan men inbrengen dat partijen vaak geen terugwerkende kracht bedoeld zullen hebben, en ook dat de overeenkomst niet wordt aangegaan voor het geval de derde zal schatten, maar voor de prijs waarop hij zal schatten (Vgl. Beckmann, p. 354: die opvatting maakt correctie van de bepaling door een derde sneller mogelijk). Zie ook Asser/Kamphuisen (Verbintenissenrecht, Bijz. overeenkomsten), Zwolle 1960, p. 42. Zie t.a.v. Duitsland Poulakos, p. 20.

⁹⁵ Fels, p. 12-14.

⁹⁶ Witz, p. 157, onder verwijzing naar Beckmann, p. 355, die er op wees dat ook een voorovereenkomst, als iedere overeenkomst, onderworpen is aan de corrigerende werking van het arbitrium boni viri: D. 50,17,22,1 en 19,2,24 pr. Zie ook Witz, p. 157-159 voor het ALR en het ABGB en t.a.v. het algemene overeenkomstenrecht Poulakos, p. 6, en t.a.v. de opheffing van de bijzondere positie van koop Dernburg, Pandekten II, 1886, p. 43 en nt 7 aldaar.

⁹⁷ Fels, p. 8.

⁹⁸ Ibidem, p. 9/10.

⁹⁹ Witz, p. 109; Corbisier, p. 794.

¹⁰⁰ Murray, p. 496; Witz, p. 101.

¹⁰¹ Witz, p. 96 e.v.

¹⁰² Anders: het Official Comment op Sec. 2-305 van de UCC: de common law staat geen prijsbepaling door één van partijen toe: Witz p. 118/119.

De grote zorg van de *Franse* rechter is vooral of de prijs bepaalbaar is op een wijze die niet afhangt van de wil van één der partijen.¹⁰³ Maar ook in Frankrijk bestaat de neiging tot 'sauver le contrat'.¹⁰⁴ Zo wordt ondanks het strenge uitgangspunt een beperkte invloed van partijen op de prijsbepaling geaccepteerd, mits die bepaling geschiedt 'à l'intérieur de limites objectives, tracées par le contrat même'¹⁰⁵, of, indien indirect door een partij beïnvloedbaar, althans niet naar willekeur.¹⁰⁶ Daarbij kunnen bv. de mate van uitvoering¹⁰⁷ en begrippen als goede trouw (art. 1134 C.c.), équité en gebruik een rol spelen.¹⁰⁸ Voorts leidt de regel dat de prijs een essentiële is bij uitzondering als het gaat om raamovereenkomsten.¹⁰⁹

Dat de Code civil ertoe dwingt de specifieke Romeinsrechtelijke regels bij koop als uitgangspunt te nemen, verklaart dat men veel aandacht heeft geschonken aan de bepalingen van het algemene overeenkomstenrecht om ongewenste consequenties van dat uitgangspunt te ontgaan. Art. 1129 C.c. heeft in eerste instantie gediend om in aanvulling op de artt. 1591 en 1592 een rechtvaardiging te bieden voor het vasthouden aan de strenge bepalingen bij koop.¹¹⁰ Aldus poogde men, bij gebrek van een expliciete bepaling in de Code ter bestrijding van onredelijke overeenkomsten,¹¹¹ willekeur van de sterkste contractspartij, die misbruik zou kunnen maken van de onbepaaldheid van de prijs, te ecarteren ter bescherming van de zwakste partij.¹¹² Die gedachte is ook het leidende beginsel van het nog te bespreken consumentenrecht, en is ook de ratio van de liberale systemen.¹¹³

In een recente reeks arresten, alle van 1 december 1995, heeft het Cour de Cassation art. 1129 C.c. laten vallen als instrument ter voorkoming van willekeur. Daarvoor kwam in de plaats een rechtstreekse verwijzing naar de regel dat misbruik bij de bepaling van de prijs

¹⁰³ Witz, p. 42; J. Ghestin, *Traité de droit civil* [...], deel 2, 2e ed. Parijs, 1988, p. 578-582 en 594-596. Die gedachte, aldus Witz, p. 46, zal via Pothier op het romeinse recht teruggaan. Het argument dat bij bepaling door één partij sprake is van een 'condicion purement potestative' en dus strijd met art. 1174 C.c. ontstaat, is thans niet meer en vogue: Witz, p. 49/50.

¹⁰⁴ Corbisier, p. 775. De Belgische jurisprudentie, aldus Corbisier, p. 788, is daartoe nog meer geneigd. Zie ook *La détermination du prix*, p. 64/65 m.b.t. bepaling door één partij in het Belgische recht.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 778. Ook art. 1501 van het Nederlandse BW-1838 (= art. 1591 C.c.) werd door de jurisprudentie zo uitgelegd dat het bepaalbaarheid eist van de prijs naar in de overeenkomst zelf te vinden gegevens: Van Brakel *Leerboek van het Nederlandse Verbintenissenrecht*, vol. 2. 3e druk (zonder jaar) p. 7.

¹⁰⁶ Witz, p. 68/69. Vgl. Bechmann, p. 348 (§ 218 i.f.). Zie over de eis van objectieve bepaalbaarheid ook art. 184-3 van het Zwitserse Obligationenrecht en voor het Belgische recht Rb Antwerpen, 7 januari 1982, R.W. 1984-85, 678, noot.

¹⁰⁷ Witz, p. 68.

¹⁰⁸ Corbisier, p. 774; Witz, p. 67; Witz/Welter, p. 654.

¹⁰⁹ Corbisier, p. 779/780, Witz, p. 39-41.

¹¹⁰ Ghestin o.c. p. 590-594; Witz/Welter, p. 651/652.

¹¹¹ Witz, p. 48.

¹¹² Corbisier, p. 781-783; *La détermination du prix*, p. 19/20. Witz, p. 47/48, 50 maakt onderscheid in twee fasen (zie ook p. 50): een eerste fase waarin de nadruk lag op het verbod van bepaling van de prijs door één der partijen, en een tweede fase waarin het ging om bescherming tegen willekeur. Het niet afhankelijk mogen zijn van de prijsbepaling van de wil van één partij zal overigens al in het gerecipieerde recht op de bescherming tegen willekeur gebaseerd zijn geweest.

¹¹³ Vgl. *La détermination du prix*, p. 12, t.a.v. art. 2.204(3) UCC.

niet is toegelaten. Hoewel die arresten duiden op het verder verlaten van de pretium-certumleer, moet bedacht worden dat ze betrekking hebben op specifieke gevallen, nl. pacta de contrahendo, contrats de franchise en duur/raamovereenkomsten waarbij de prijs vaak geen vital point is.

In *Duitsland* bestaan geen specifieke regels voor koop meer. De materie maakt onderdeel uit van het algemene overeenkomstenrecht (§§ 154, 241 en 315-319 BGB). Uitgangspunt is, dat de prestatie een bepaalde inhoud heeft, en dat de prijs als essentiale deel uitmaakt van de (koop)overeenkomst,¹¹⁴ bij gebreke waarvan er geen contract ontstaat tenzij bindingswil is aan te nemen.¹¹⁵ Aanknopingspunten voor het bestaan van die wil zijn Invollzugsetzung, Treu und Glauben, de vertrouwensgedachte en culpa in contrahendo.¹¹⁶ Het bewijs dat binding is gewild rust op degene die aanspraken wil maken uit de overeenkomst.¹¹⁷

Ook in *Italië* is een ruime opvatting van het begrip bepaalbaar ontstaan teneinde het contract te sauveren en een partij die zich aan zijn verplichtingen wil onttrekken, niet tegemoet te komen.¹¹⁸

De derde kan of wil de prijs niet vaststellen

Als een derde de prijs niet kan of wil bepalen, beslist in *Duitsland* ofwel de rechter of is er geen contract. Aldus ook het *Italiaanse* recht.¹¹⁹ In Nederland geldt ingevolge art. 7:4 als prijs de redelijke prijs.¹²⁰ Tenzij, zo moet men m.i. ook voor het Nederlandse recht aannemen, partijen kennelijk deze derde en geen andere op het oog hebben gehad vanwege zijn specifieke kwaliteiten. Men kan prijsbepaling door zo'n derde dan construeren als een ontbindende voorwaarde.¹²¹ Onder het vorige BW was een betwist punt wat er moet gebeuren als de derde die de prijs zal vaststellen zijn taak kennelijk onjuist vervult. Men zocht de oplossing wel in de constructie dat het dan in strijd met de goede trouw zou zijn als partijen elkaar aan de overeenkomst zouden willen houden.¹²²

De *Principles of European Contract Law* sluiten bij de Duits/Italiaanse benadering aan: kan of wil de derde niet bepalen, dan kan de rechter een substituerende derde benoemen.¹²³

¹¹⁴ Witz, p. 160 (codificatiegeschiedenis BGB). Vgl. H. Kohler in J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch [...], 12e ed., Berlijn, 1978, p. 75, en La détermination du prix, p. 27/28.

¹¹⁵ BGB § 154 (+ 241?); Poulakos, p. 27; Witz, p. 167. Evenals in bv. het Anglo-Amerikaanse recht is in het Duitse recht het punt waar het op aankomt de vraag of partijen gebonden hebben willen zijn: Zimmermann o.c. p. 488.

¹¹⁶ Witz, p. 169 e.v.

¹¹⁷ Ibidem, p. 172/173.

¹¹⁸ La détermination du prix, p. 24/25.

¹¹⁹ La détermination du prix, p. 100/101, en 104 (art. 1349 iuncto 1473 van de Italiaanse Code van 1942).

¹²⁰ R. Herrmann in: bijzondere contracten [...] (Bijzonder nummer Nederlands Juristenblad, afl. 24A, 1973) p. 10. Vgl. art. 2:13 (2) sub (b) van de Unidroit Principles: het contract komt dan toch tot stand omdat partijen gebonden hebben willen zijn.

¹²¹ Zie reeds D. 17,2,75.

¹²² S. van Brakel, Leerboek van het Nederlandse Verbintenissenrecht, 2e deel, 2e ed., Zwolle (geen jaar), p. 8; Asser-Kamphuisen, o.c. p. 42/43.

¹²³ Vgl. M.E. Storme in Tijdschrift voor Privaatrecht, 1985, p. 732 (nr 15) en de Unidroit principles, art. 5.7(3): dan geldt - dus zonder de tussenstap van een vervangende derde - de redelijke prijs.

In art. 2.103 fungeert als de bepaling door de derde *grossly unreasonable* is, de *reasonable price* als correctie conform § 315 BGB.

Liberaal systemen laten een verwijzing door partijen toe naar wat billijk is of naar de waarde van de zaak. In bv. *Duitsland* is koop voor een redelijke prijs geldig - en thans - na 1994 - kunnen ook in *Nederland* partijen afspreken dat als prijs de redelijke prijs zal gelden.¹²⁴

De redelijke prijs als substituut voor het ontbreken van een prijs

Hoezeer de verruiming van het begrip bepaalbaar ertoe kan leiden dat een oplossing wordt geboden voor het ontbreken van een pretium certum blijkt uit het *Oostenrijkse* ABGB. Dat kent weliswaar de pretium certum-eis maar dat wordt zo opgevat dat het weerlegbare uitgangspunt is dat bij een pretium incertum partijen geen binding gewild zullen hebben.¹²⁵

De verruiming van het begrip bepaalbaar blijkt ook duidelijk uit het *Schweizerische* Obligationenrecht van 1883. Hoewel het uitgangspunt de bepaalbaarheid was, werd in dat recht zelfs een oplossing geboden voor het geval dat partijen zelf geen aanknopingspunten voor de prijsbepaling hebben aangegeven.¹²⁶ Deze ontwikkeling leidt in de *Engelse* Sale of Goods Act tot de regel dat where the price is not determined the buyer must pay a reasonable price. Dan moeten partijen echter wel kennelijk een contract hebben willen sluiten, dus gebonden hebben willen zijn.¹²⁷

Volgens de auteurs van 'La détermination du prix'¹²⁸ bestaat er bij gebreke van een essentieel element als de prijs of bij onzekerheid van de prestatie snel twijfel over het bestaan van enforçability en bindingswil. Bij commercial agreements is er sprake van een presumptie tot het creëren van legal relations.¹²⁹ 'The courts' - zo merkt Atiya¹³⁰ op - 'should seek to apply the old maxim of English law *verba ita sunt intelligenda ut res magis valeat quam pereat*'.¹³¹ Aanknopingspunten voor de beantwoording van de vraag of partijen gebonden hebben willen zijn, zijn bv. the distinction between executory and

¹²⁴ Asser-Schut-Hijma, *Bijzondere overeenkomsten*, 5e druk., Zwolle, 1994, nr 215. Vgl. voor het Amerikaanse recht *La détermination du prix*, p. 32.

¹²⁵ Witz, p. 158/159.

¹²⁶ Art. 184-3: de prijs is voldoende bepaald als deze 'nach den Umständen bestimmbar' is; art. 212: 'Hat ein Käufer fest bestellt, ohne den Preis zu nennen, so wird in Zweifel angenommen, es sei der mittlere Marktpreis gemeint, welcher zur Zeit und an dem Orte der Erfüllung gilt' (vgl. Murray, p. 498/499 m.b.t. Colombia en Brazilië).

¹²⁷ A.G. Guest and D.R. Harris in: *Chitty on Contract* (The Common Law Library nr 2), Vol. II (Specific contracts) ed. A.G. Guest e.a., London, 1994, p. 1116.

¹²⁸ p. 30 en 108.

¹²⁹ G.C. Cheshire en C.H.S. Fifoot, *Cases on the Law of Contract*, 6e ed., Londen, 1973, p. 49 en 57.

¹³⁰ *An introduction to the Law of Contract*, 5e ed., Oxford, 1995, p. 115. Vgl. ook *La détermination du prix*, p. 31/32.

¹³¹ D. 34,5,12 (13). Vgl. ook D. 45,1,80 en bv. Pothier, *Traité des obligations*, nr 92. Zie art. 1157 C.c., Nederlands BW-1838, artt. 934 en 1380; BGB § 140. Bij Merlin (*Répertoire*, en *Questions de droit*) en in de Franse 19e-eeuwse jurisprudentie zijn tientallen voorbeelden van toepassing van dit adagium te vinden. Het is de grondslag gaan vormen voor de leer van conversie van nietige rechtshandelingen als een samenvatting van de pogingen om de uitzonderingen op de regel van Cato (*Quod ab initio vitiosus est* ..) onder één noemer te brengen (zie mijn dissertatie, p. 497 nt 23).

(partly) executed contracts,¹³² en de vraag of partijen de prijs al dan niet kennelijk als een vital point beschouwen.¹³³

In de *Verenigde Staten* volgt de Uniform Sales Act (USA) van 1906 inhoudelijk in hoofdzaak de Engelse Sale of Goods Act. De Uniform Commercial Code (UCC) van 1933 biedt in Sect. 2-305 aanvullend een oplossing voor het geval dat de prijs nog nader overeengekomen moet worden tussen partijen en geen consensus bereikt kan worden. Dan geldt een reasonable price. Dat is eveneens het geval als de prijs naar een standard as set by a third person bepaald zal worden en de price is not so set.

De UCC onderkent, in het geval dat één of meer bepalingen in de koopovereenkomst zijn opengelaten en in het geval dat the price is not settled, expliciet het verschil tussen gebonden willen zijn of niet.¹³⁴ In dat laatste geval is er geen contract.

Of er sprake is van gebondenheid, ondanks het ontbreken van een pretium certum, is iets dat bewijs verlangt door degene die er zich op beroept omdat een pretium certum als de normale situatie wordt gezien¹³⁵ en bovendien bij een pretium incertum de vraag rijst of wel voldaan wordt aan de consideration-eis van het algemene overeenkomstenrecht.¹³⁶

Voor dat bewijs is in ieder geval nodig dat er een reasonably certain basis is for giving an appropriate remedy (Sect. 2-204(3)). Er moeten dus voldoende aanknopingspunten uit het contract zelf te destilleren zijn - een rudiment aldus Witz,¹³⁷ van de Courts do not make contracts-doctrine - om van enforcability te kunnen spreken.¹³⁸ Zolang slechts de prijs het ontbrekende element in de overeenkomst is, en gegevens als marktprijs of andere criteria die de economische waarde kunnen bepalen en dus de bepaling van een reasonable price mogelijk maken, aanwezig zijn, zal het voorschrift van Sect. 2-204(3) geen beletsel vormen om tot gebondenheid te kunnen besluiten. Aanknopingspunten voor de beantwoording van de vraag of van gebondenheid sprake is vormen de begrippen the course of performance (mate van uitvoering die al aan het contract is gegeven), the course of dealing (de mate waarin de onderhandelingsfase is afgesloten), promissory estoppel (vertrouwensbeginsel)¹³⁹, en de usage of trade.¹⁴⁰ Aparte vermelding verdient de Louisiana Civil Code, die, hoewel van oorsprong klassiek door de jurisprudentie, onder invloed van de USA en de UCC is geëvolueerd in de richting van een liberaal systeem.¹⁴¹

¹³² Vgl. Murray, p. 497 m.b.t. Chili, en La détermination du prix, p. 31. De gedachte dat uitvoering van het contract van invloed is op het bindende karakter ervan heeft in Sec. 10(1) van de Amerikaanse Uniform Sales Act geleid tot de bepaling dat als de derde niet kan of wil bepalen en 'the goods ... have been delivered and appropriated by the buyer he must pay a reasonable price therefore'. Deze bepaling is overgenomen in de herformulering van de Engelse Sale of Goods Act van 1979 (Sect. 9(1)). Zie m.b.t. het begrip begin van uitvoering reeds D. 50,4,16,1; 50,12,6,1 en C. 1,2,15.

¹³³ Atiyah, An introduction to the Law of Contract 5th ed. Oxford, 1995, p. 115.

¹³⁴ Sect. 2-204(3): '... if the parties have intended to make a contract'; Sect. 2-305(1): '... if they so intend ...'; Sect. 2-305(4): '... intend not to be bound ...'. Vgl. La détermination du prix, p. 40/41.

¹³⁵ Witz, p. 123.

¹³⁶ Vgl. Witz, p. 98-100.

¹³⁷ p. 133. Vgl. ook p. 146 m.b.t. het verschil tussen een reasonable price en een reasonable value.

¹³⁸ Vgl. Witz p. 94-96.

¹³⁹ Witz, p. 105-107.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 120 e.v.

¹⁴¹ Corbisier, p. 816/817 (toelaten van het bewijs van bindingswil).

De *Franse* jurisprudentie werkt eveneens met het uitgangspunt van de autonomie van de *volonté*, dat primair tot gevolg heeft dat als partijen niets bepaald hebben omtrent de prijs, ze geacht worden niet gebonden te willen zijn. De conclusie dat als er geen prijs is er dus geen contract kan zijn wordt evenwel sneller getrokken dan in het Angelsaksische recht.¹⁴² Ook als partijen overeenstemming over de prijs kennelijk niet als een essentieel onderdeel van het contract hebben gezien is er geen contract.¹⁴³ De vraag of partijen toch gebonden hebben willen zijn al is er geen prijs bepaald¹⁴⁴, speelt, of speelde tot voor kort - zie hierna -, geen rol.¹⁴⁵

De *Italiaanse* Code van 1942 kent bij het onbepaald zijn van de prijs een systeem dat als een variant van het Duitse is te beschouwen.¹⁴⁶

In *Nederland* liet men onder het vorige BW zelfs koop voor een prijs die van de verkoper afhangt, maar wel een zekere mate van objectiviteit bezit, toe.¹⁴⁷ Zeer ver ging het Hof in Den Haag¹⁴⁸ dat bij gebreke van een prijs de koop toch geldig achtte en wel voor een 'normale en gebruikelijke prijs'. Dit alles duidt er op, dat men het strenge systeem meer en meer als een knellende band begon te gevoelen.¹⁴⁹

In het Nieuwe BW is gekozen voor een systeem dat kennelijk is geïnspireerd op de Angelsaksische ontwikkeling en het daarop gebaseerde supranationale recht. Art. 7:1 geeft een definitie van koop die inhoudt dat er 'een' prijs betaald moet worden, en art. 7:4 luidt dat als er een koop is gesloten zonder dat de prijs is bepaald¹⁵⁰ de koper een redelijke prijs is verschuldigd.

Het begin van art. 7:4 luidt: 'Als de koop is gesloten ...'.¹⁵¹ In dat geval, dus bij een reeds gesloten koop, is de vraag of partijen gebonden zijn, ondanks het ontbreken van een prijs, kennelijk al positief beantwoord. Een van de mogelijkheden is inderdaad dat dit zo is omdat partijen gebonden hebben willen zijn omdat ze de prijs niet als een essentiële gezien

¹⁴² Ghestin, o.c. p. 922-925. Witz, p. 32/33 noemt in dit verband de aanwezigheid van de prijs een soort 'Formerfordernis', ofwel een 'Gültigkeitsvoraussetzung' (p. 233). Wellicht onder invloed van de wens tot bescherming van de consumer buyer kent ook de Braziliaanse Civil Code (1992) een klassiek systeem: prijsbepaling door één partij is niet toegestaan. De Braziliaanse Commercial Code (1850) kent evenwel een liberaal systeem: als er geen prijs is bepaald geldt de current price (Murray, p. 499). Beide Codes gecombineerd leveren dus een voorbeeld op van het adagium *expressa nocent non expressa non nocent*.

¹⁴³ Ibidem (Witz), p. 35/36.

¹⁴⁴ Die vraag speelt wel een rol om te bepalen wanneer er van een *pretium certum* gesproken kan worden, dus of er een prijs is bepaald: ibidem, p. 35.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 34.

¹⁴⁶ La détermination du prix, p. 37/38.

¹⁴⁷ Asser-Kamphuisen, *Verbintenissenrecht, Bijzondere overeenkomsten*, 1960, p. 40. Vgl. t.a.v. de Engelse ontwikkeling Witz, p. 99.

¹⁴⁸ 21 maart 1938, NJ 1938 nr 575.

¹⁴⁹ Van Brakel, o.c., p. 7 nt 13.

¹⁵⁰ Lees: bepaald of bepaalbaar: zie de toelichting van Meijers, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek Invoering boeken 3, 5 en 6. Boek 7 Bijzondere overeenkomsten* (ed. Reehuis/Slob, Deventer 1991), p. 54: bepaald = uitdrukkelijk of stilzwijgend of door verwijzing bepaald.

¹⁵¹ Een dergelijke formulering is gebruikelijk in liberale systemen:

- Deense wet van 1905, art. 5: 'When a sale has been concluded ...';
- Haags verdrag van 1964, ad 57: 'Where a contract has been concluded ...';
- Weens verdrag van 1980, ad 55: 'Where a contract has been validly concluded ...'.

hebben.¹⁵² Maar als ze geen prijs hebben bepaald, kan dat tal van andere redenen hebben.¹⁵³ Er moet dus steeds worden nagegaan of ze gebonden hebben willen zijn. Of moeten we dergelijke formuleringen in liberale systemen soms opvatten als presumptie van binding ondanks het ontbreken van een prijs?

Deze vraag is ook aan de orde bij het *supranationale* recht: bij de totstandkoming van internationale verdragen heeft deze tweedeling ertoe geleid dat de kwestie van de onbepaalde koopprijs een zeer omstreden punt is geworden.¹⁵⁴ Art. 57 van het *Haagse verdrag* kiest als uitgangspunt een liberale gedachte door een koop ook geldig te verklaren als de prijs niet bepaald of bepaalbaar is. Dan geldt de prijs die de verkoper gewoonlijk eist; een oplossing die op dit punt aan het Italiaanse recht doet denken.¹⁵⁵ Niet voorzien is echter in de vraag wat er gebeurt als zo'n gewoonlijk geëiste prijs niet valt vast te stellen, omdat het verschil in de twee systemen op dat punt niet tot overeenstemming kon leiden: de simpele oplossing dat zonder pretium certum een reasonable prijs geldt, stuitte op Frans verzet.¹⁵⁶ De heersende leer is, dat er in dat geval geen contract is.¹⁵⁷ Wat zich op het eerste gezicht aandient als een liberaal systeem blijkt dus een *incomplete* liberaal systeem te zijn omdat een algemeen vangnet voor alle gevallen van afwezigheid van een prijs ontbreekt.¹⁵⁸

Hetzelfde probleem doet zich voor bij het *Weense verdrag* (art. 55) dat bepaalt dat bij gebreke van een prijs wordt vermoed dat de algemeen voor de verkochte waren berekende prijs geldt. Bovendien kent dat verdrag nog een complicatie: het verschil dat men aanvoelde tussen de beide systemen was één van de belangrijkste oorzaken van de discussie¹⁵⁹ die is losgebarsten over de verhouding tussen de artt. 14 en 55 van het verdrag. In art. 14, dat handelt over de offerte treft men het pretium certum-systeem aan. De meest simpele oplossing om beide artikelen te harmoniseren zou zijn ook hier weer het probleem te benaderen vanuit de vraag waartoe partijen in welke fase geacht kunnen worden gebonden te zijn.¹⁶⁰ Eén van de voorgestelde oplossingen vanuit die benadering is die van

¹⁵² De wetgever - zie Parl. Gesch. p. 54 - zag die als het normale geval bij het ontbreken van een prijs: dat zal zich voordoen 'als de koper zich niet om de prijs bekommert'. Nog explicieter Asser-Schut-Hijma, Bijzondere overeenkomsten, 5e ed. 1994, nr. 215.: 'Het gaat immers om gevallen waarin partijen al tot contractsluiting zijn overgegaan en dus te kennen hebben gegeven dat zij het ontbreken van een prijsbepaling voor het ontstaan van een overeenkomst zelf niet als prohibitief beoordelen'.

¹⁵³ Zie Corbisier, p. 774 nt 34.

¹⁵⁴ Zie bv. Gunter Hager in von Caemmerer/Schlechtriem, Kommentar zum Einheitlichen VN-Kaufrecht, Ed. Schlechtriem, München, 1990, p. 519.

¹⁵⁵ Art. 1474 C.c.I.: als het gaat om zaken die de verkoper gewoonlijk verkoopt, wordt vermoed dat partijen de door de verkoper gewoonlijk verlangde prijs bedoeld hebben. Iets dergelijks bevatte ook nog art. 7.1.1.2 van het Nederlandse *ontwerp* nieuw BW.

¹⁵⁶ Witz, p. 216/217.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 216.

¹⁵⁸ De Unidroit-Principles (art. 5.7 (1)) kennen wel een compleet wettelijk substituut (de reasonable price).

¹⁵⁹ Zie over die discussie Witz, p. 223-228; Lüderitz in het hiervoor genoemde Kommentar, p. 2299; Witz/Wolter, p. 658 en de literatuur aldaar; W.-H. Roth en Chr. Kunz, Zur Bestimmbarkeit des Preises in UN-Kaufrecht, in: RIW 1997, p. 17-21; Zimmermann, o.c. p. 488, en La détermination du prix, p. 33.

¹⁶⁰ Vgl. Corbisier, p. 827/828 en Lüderitz o.c. p. 2300.

Karollus¹⁶¹: art. 14 zou voor een offerte het systeem inhouden: geen binding tenzij partijen kennelijk gebonden hebben willen zijn, en art. 55 voor koop het systeem: wel binding tenzij ze kennelijk niet gebonden hebben willen zijn. Art. 55 zou in die opvatting dus een geldig gesloten contract bij afwezigheid van een prijs als de normale situatie zien. Witz¹⁶² merkt t.a.v. het vergelijkbare art. 57 van het Haagse verdrag op dat het vooronderstelt ('... wird vorausgesetzt') dat een contract zonder consensus over de prijs *mogelijk* is nl. als partijen kennelijk binding gewild hebben. Dat geldt ook voor art. 14 van het Weense verdrag in de opvatting van Karollus. De vraag is dan of dat artikel een *presumptio iuris et de iure* inhoudt, zoals art. 1591 C.c. of slechts een *presumptio iuris tantum* (weerlegbaar vermoeden van geen binding bij afwezigheid van een prijs).¹⁶³ Als art. 14 de mogelijkheid van binding niet uitsluit rijst de vraag of er nog wel sprake is van een *pretium certum*-systeem. We lopen hier aan tegen het reeds hiervoor, bij art. 7:4 van het nieuwe Nederlandse BW, aangestipte probleem of er zoiets bestaat als een tweedeling in het liberale systeem nl. in enerzijds een systeem waarbij ondanks de afwezigheid van een *pretium certum* toch een (weerlegbaar) vermoeden van binding bestaat, dus een *presumptio iuris tantum* van binding¹⁶⁴ omdat ook dan gebonden willen zijn de normale situatie is (*id quod plerumque fieri solet*¹⁶⁵), en anderzijds een systeem waarbij sprake is van een *presumptio iuris tantum* inhoudende dat geen prijs betekent geen binding tenzij binding kennelijk bedoeld was¹⁶⁶ en bewezen kan worden.

Het lijkt mij dat het hier om een schijntegenstelling gaat: wie zich, bij afwezigheid van een *pretium certum*, op binding wil beroepen, zal het feit dat partijen gebonden hebben willen zijn moeten bewijzen: *Actor est onus probandi*. Een liberaal systeem wil slechts zeggen dat zodra dat bewijs is geleverd de tegenpartij niet kan volstaan met zich te beroepen op het ontbreken van een *pretium certum*. De zojuist beschreven 'tweedeling' binnen een liberaal systeem is niet zozeer een verschil in bewijslastpositie als wel in *zwaarte* van het bewijs van binding. Het BGB bijvoorbeeld kent, in § 154, de regel dat bij twijfel het contract moet worden geacht niet gesloten te zijn.¹⁶⁷ In Engeland wordt dit bewijs van binding snel geacht geleverd te zijn, doch voor bijvoorbeeld Nederland moet bedacht worden dat de rechter, in ieder geval voor het algemene overeenkomstenrecht, niet snel tot

¹⁶¹ UN-Kaufrecht [...], Wenen/New York, 1991, p. 62. Zie ook Roth/Kunz, o.c., p. 18 nt 13.

¹⁶² p. 215/216.

¹⁶³ Zo (*presumptio iuris tantum*) behalve Karollus ook Honnold: zie Witz, p. 225.

¹⁶⁴ Vgl. de Principles of European Contract Law waarin in de toelichting op art. 2:101 nadrukkelijk wordt gesproken over the *presumption* van binding in dat artikel, dat het geval behandelt dat het contract did not fix the price, in welk geval 'the parties are to be treated as having agreed on a reasonable price'.

¹⁶⁵ D. 1,3,3 t/m 6, en 10; 50,17,64 en 114; Liber Sextus 5,12,45.

¹⁶⁶ Vgl. Witz, p. 32: bij gebreke van een *pretium certum* '... ist in der Regel davon aus zu gehen, dass es ihnen auf den Kaufpreis entscheidend ankommt, sie sich also nicht ohne eine abschliessende Übereinkunft über diesen Punkt zu etwas verpflichten wollen ...'. Es müssen deshalb besondere Umstände hinzutreten, die es erlauben, auch ohne die Vereinbarung eines bestimmten Kaufpreises von einem verbindlich gewollten Vertragsschluss auszugehen'. Dogmatisch interessant is de bepaling van de Griekse wet nr 2251 (art. 2 § 7 sub 1a) inzake protection of consumers die het niet bepalen van de prijs 'without important reason' als abusieve kenmerkt.

¹⁶⁷ Dat geldt ook voor de zogenaamde contra proferentem-rule. Zie over § 154 BGB La détermination du prix, p. 28 en 35.

de conclusie komt dat een ontbrekend element in een overeenkomst geen essentieel element was.¹⁶⁸

Correct is dus de formulering van Zimmermann¹⁶⁹ die de *Principles of European Contract Law* op dit punt samenvat: 'Steht fest (mijn cursivering) dass die Parteien sich trotz fehlender Preisfestsetzung vertraglich binden wollten, ist kein Grund einsichtlich, dem Vertrag die Anerkennung zu versagen'. Dan geldt, conform art. 201 van die Principles, een reasonable price.

Tenslotte maakt de materie van de onbepaalde prijs thans ook onderdeel uit van het *consumentenrecht*. Niet alleen hebben veel landen in hun nationale wetgevingen bepalingen gecreëerd, maar bovendien hebben veel EG-lidstaten die nationale wetgevingen aangevuld op grond van de EG-richtlijn 93/13 inzake oneerlijke bedingen in consumentenkoopovereenkomsten.¹⁷⁰ De formulering van de ratio van deze specifieke nationale en supranationale wetgevingen vertoont veel overeenkomst met het hiervoor - § 4.1 - genoemde Franse uitgangspunt van bescherming van de zwakste partij.¹⁷¹

Het opmerkelijke in deze ontwikkeling is dat het algemene overeenkomstenrecht ook in combinatie met een liberaal systeem blijkbaar in veel landen geacht wordt onvoldoende effectief de koper te beschermen. Slechts in Nederland heeft men ervoor gekozen dit speciale beschermingsrecht op te nemen in het Burgerlijk Wetboek.

Prijsbepaling door één van partijen

Het begrip bepaalbaar wordt in het *Engelse* recht zo ruim opgevat dat het niet slechts

¹⁶⁸ HR 14 juni 1968, NJ 1968/331 (Polak-Zwolsman).

¹⁶⁹ O.c. p. 489. Vgl. reeds Goldschmidt bij Fels, p. 94/95: als partijen een contract hebben willen sluiten is het ontbreken van een prijs niet prohibitief.

¹⁷⁰ Unfair terms in consumer contracts zijn volgens de bijlage bij die richtlijn o.a. de bepaling dat de prijs pas wordt vastgesteld bij aflevering of verhoogd mag worden door de verkoper, zonder dat de consument in die gevallen het recht heeft de overeenkomst op te zeggen.

¹⁷¹ - EG-richtlijn 93/13, art. 3: een unfair term is one that, contrary to the requirement of good faith, causes a significant imbalance to the consumer's detriment in the rights and obligations of the parties;
 - De Franse wet nr 95/96 van 1 februari 1995, Journal officiel p. 1756, art. 1: voorkomen van een 'déséquilibre significatif' tussen de rechten en plichten van partijen;
 - De Engelse Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations van 8 december 1994, Statutory Instruments nr 3159, 4(1): de formulering van EG-richtlijn 93/13;
 - De Belgische wet van 14 juli 1991 nr 91-2205, art. 31: een onrechtmatig beding is een beding dat een 'déséquilibre manifeste' creëert tussen de rechten en plichten van partijen;
 - § 9-1 van het Duitse AGB Gesetz: voorkomen van buitengewone benadeling van de koper.

Een onderdeel van het beschermingsinstrumentarium in deze nationale en supranationale wetgevingen vormen de interpretatiebepalingen zoals de Unidroit Principles (ad 4.6) en genoemde EG-richtlijn 93/13 (art. 5.2) die bevatten. Zie ook bv. art. 3, wijzigende art. 133-2 van de Code de la consommation, van de hierboven genoemde Franse wet nr 95/95; § 5 van het Duitse AGB-Gesetz (Poulakos p. 172/173); de Portugese Decreto Lei nr 220/95 van 31 augustus 1995, Anexo, al. I, art. 11, Diário da República I, Série-A, nr 201, p. 5474. Dergelijke bepalingen, de contra proferentem-rule (zie bv. Zimmermann, Law of Obligations, p. 639 e.v.) hebben weer een romeinsrechtelijke oorsprong: D. 2,14,39; 18,1,21; 34,5,26(27); 45,1,38,18 en 99 pr.; 50,17,172 pr. Vgl. de maxime Lex Pronia ad liberandum, D. 44,7,47 en Liber Sextus 5,12(13),57. Bij de toepassing van de artt. 1162 en 1602 van de Code civil en de dienovereenkomstige artikelen in Codes naar Frans model, werd in de 19e eeuw regelmatig naar die leges verwezen.

omvat bepaling van de prijs door derden,¹⁷² maar ook bepaling door een nog aan te wijzen derde, en ook door één van partijen.¹⁷³

Denemarken kent sinds 1905 de bepaling dat als de koopprijs door partijen niet bepaald is, de prijs door de verkoper kan worden vastgesteld, die echter niet excessief mag zijn.¹⁷⁴

Als in de *Verenigde Staten* de prijs door koper of verkoper bepaald zal worden - die mogelijkheid wordt expliciet toegestaan - moet deze dat doen in good faith. Bovendien kan vaststelling van de prijs door één der partijen naar willekeur in strijd komen met de consideration-eis van het algemene overeenkomstenrecht.¹⁷⁵

Wat *Frankrijk* betreft moet men, aldus Claude Witz en Gerhard Welter,¹⁷⁶ gelet op de genoemde arresten van 1 december 1995 - aannemen dat als overeengekomen is dat de prijs door één der partijen bepaald zal worden, zulks op zich nog niet tot nietigheid leidt, mits de wijze waarop de prijs bepaald zal worden, vastligt.

Volgens het *Duitse* recht kan een derde, maar ook, indien bindingswil is aan te nemen, één van partijen (t.w. degene die de prestatie kan eisen) de prestatie bepalen. Dat kan gebeuren 'nach billigem Ermessen' of 'nach freien Belieben'. Bij twijfel moet de bepaling naar billigem Ermessen geschieden, maar ook in geval van bepaling nach freien Belieben¹⁷⁷ mag er geen sprake zijn van pure willekeur omdat er dan hetzij geen verplichting ontstaat (in geval van bepaling door de debiteur) hetzij strijd aanwezig is met de goede zeden / Treu und Glauben (in geval van bepaling door de crediteur¹⁷⁸).

De afwijking ten opzichte van de pretium-certumleer is niet zozeer gelegen in het feit dat de prijs niet bepaald hoeft te zijn in de overeenkomst¹⁷⁹, als wel in het feit dat, in overeenstemming met de opvatting die Windscheid al voor het Pandektenrecht had verdedigd¹⁸⁰

¹⁷² Als de derde niet kan of wil bepalen is er in principe geen contract. Uit het arrest Sudbrook leidt men echter wel af dat dit alleen geldt als de derde wegens zijn bijzondere kwaliteiten is gekozen: La détermination du prix p. 100 (vgl. ook p. 105). Voor correctie van een onredelijke prijsbepaling door een derde bestaat geen voorziening, aldus bv. Zimmermann, Konturen eines Europäischen Vertragsrechts, in: Juristen Zeitung 50 (1995), p. 489. Echter: weliswaar is in principe de derde souverain, behoudens uiteraard fraude (D. 5,1,15,1; zo ook het Franse recht: La détermination du prix, p. 102 e.v.) maar ook in het Engelse recht bestaat een tendens om te onderzoeken of de derde wel volledig nach freien Belieben mocht bepalen: La détermination du prix, p. 71 en 103.

¹⁷³ Guest/Harris, in: Chitty on Contract, vol 2, A.G. Guest et al. eds. 1994, p. 1116 nt 40. Hoewel volgens het officiële commentaar op Sec. 2-305 UCC de common law en de Amerikaanse Sales Act van 1906 zo'n prijsbepaling niet zouden hebben toegestaan. Vgl. Witz, p. 118 i.f.: '... unter dem Uniform Sales Act herrschende Vorstellung ...') ondanks het bepaalde in die Sales Act, sect. 9 (1): 'the price ... may be left to be fixed in such manner as may be agreed ...', tendeert de jurisprudentie ernaar de vraag of de (Engelse) Sale of Goods Act bepaling door één van partijen toestaat - een vraag die in die wet zelf niet expliciet is beantwoord - bevestigend te beantwoorden (Murray, p. 491/492 en 495/496; La détermination du prix, p. 31 en 63).

¹⁷⁴ La détermination du prix, 45, 63 en 131 (Wet van 1905, art. 5).

¹⁷⁵ Witz, p. 127/128.

¹⁷⁶ P. 656.

¹⁷⁷ Die mogelijkheid werd in het Pandektenrecht al toegelaten: zie Windscheid-Kipp, Band 2, p. 632.

¹⁷⁸ Toepassing van § 242 BGB: Poulakos p. 28/29; Witz, p. 183; La détermination du prix, p. 62 en 104.

¹⁷⁹ Zoals Huber stelt in: Bürgerliches Gesetzbuch [...] (Kohlhammer - Kommentar) ed. W. Siebert, Band 3, Stuttgart/Berlijn/Keulen, 1991, p. 61 (nr 137).

¹⁸⁰ Zie hiervoor § III.1, en Zimmermann, Law of Obligations, p. 255 nt 130.

koper of verkoper de prijs kan bepalen. Wel kan men zeggen dat het Duitse recht nog geen volledig liberaal systeem is in die zin dat er geen wettelijk substituut aanwezig is voor het geval niets over de prijs is bepaald: de prijsbepaling vindt nimmer *ex lege* plaats, maar slechts door partijen, één van hen, of een derde.

In *Nederland* werd in het begin van deze eeuw bepaling van de prijs door één der partijen nog nietig geacht.¹⁸¹

Ik kan deze order alléén boeken onder de voorwaarde dat U er mee akkoord gaat dat ik bij noodzaak de thans geldende prijzen naar behoefte wijzig', aldus een verkoopclausule. In casu had de verkoper geen hogere prijzen berekend en had de koper die - niet verhoogde - prijs reeds gedeeltelijk betaald. De Hoge Raad achtte geen koopovereenkomst aanwezig en verwierp het verweer dat 'bij noodzaak' en 'naar behoefte' verwijst naar de goede trouw en objectieve criteria, en dat er een begin van uitvoering aan het contract was gegeven.

De summierse bepalingen van het Nederlandse BW geven geen expliciet antwoord op de vraag of de prijs door één der partijen bepaald kan worden. Bevestigende beantwoording zou men kunnen baseren op de gedachte dat eenzijdige prijsbepaling ook een vorm van prijsbepaling is; op de analogie met het bindend advies,¹⁸² of op de redenering dat als éénzijdige prijsbepaling niet mogelijk zou zijn de redelijke prijs zou gelden hetgeen partijen, door af te spreken dat één van hen de prijs zal bepalen, wellicht niet gewild hebben.¹⁸³ De toelichtende memorie¹⁸⁴ zegt t.a.v. het algemene overeenkomstenrecht dat zo'n bepaling voldoet aan de eis dat de verbintenis bepaalbaar moet zijn. Uiteraard is correctie van een door één der partijen vastgestelde prijs mogelijk op grond van het algemene overeenkomstenrecht.¹⁸⁵

Samenvatting

Aan het eind van dit betoog kunnen wij het volgende vaststellen:

De prijs moet een *pretium certum* zijn, d.w.z. bepaald of bepaalbaar. Onder bepaalbaar valt ook de bepaling door een derde. Het begrip bepaalbaar werd steeds ruimer geïnterpreteerd, mits daarvoor aanknopingspunten binnen het contract waren te vinden, en op den duur zelfs daarbuiten, mits ze objectiveerbaar waren. Zodra een dergelijke verruiming ertoe leidt dat het contract is gesloten ook als er geen prijs is of als één van partijen de prijs kan bepalen, is de overgang naar een liberaal systeem volledig.

Wat moet er gebeuren als er geen prijs is vastgesteld of vast te stellen, ook niet door een derde of één van partijen? Het klassieke uitgangspunt is dat er dan geen contract is. Liberale systemen kennen voor dit geval twee benaderingen: ofwel een weerlegbaar

¹⁸¹ HR 11 mei 1923, W. 11093, NJ 1923, p. 919. Zie ook Hof Den Haag, 6 juni 1913, NJ 1913, p. 808

¹⁸² HR 18 juni 1993, NJ 1993/615 (Lydia-arrest)

¹⁸³ Er kan verschil zijn tussen de redelijke prijs, de marktprijs en de uitkomst van de bepaalbaarheidscriteria die partijen zijn overeengekomen: Murray, p. 492/493.

¹⁸⁴ Op het ontwerp BW, art. 6.5.2.10 = huidig BW, art. 6:227 (Parl. Gesch. Boek 6 Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht (ed. Van Zeven, Du Pon, Olthof, Deventer 1981), p. 896.)

¹⁸⁵ Art. 6:248.2 en 6:2 1e lid.

vermoeden dat partijen geen binding hebben gewild, ofwel een weerlegbaar vermoeden dat ze dat wel gewild hebben. In beide gevallen biedt de wet als substituut de redelijke prijs. Wat er zij van de vraag of dit onderscheid een voldoende dogmatische grondslag heeft, feit is dat de beantwoording van de vraag of partijen gebonden hebben willen zijn, in elk systeem, klassiek of liberaal, opvallende overeenkomsten vertoont. Uit dit overzicht blijkt dat de belangrijkste ratio van de twee tegengestelde systemen, het klassieke en het liberale, paradoxaal genoeg dezelfde is. Beide systemen streven ernaar het contract te sauveren en misbruik van positie door de sterkste contractspartij tegen te gaan, want *malitiis non est indulgendum*. Door deze gemeenschappelijke grondslag was een toenadering tussen beide systemen mogelijk. Men verenigt zich thans op het criterium: hebben partijen, ook als er geen prijs is afgesproken, gebonden willen zijn? Die toenadering is een gevolg van de uitholling van de bijzondere, uit het Romeinse recht afkomstige, regels voor koop, waarvan de belangrijkste was dat consensus over de prijs, als essentiale, nodig was. Deze ontwikkeling werd geëist door het handelsverkeer en kon dogmatisch gebaseerd worden op het algemene overeenkomstenrecht toen de Romeinsrechtelijke *periculum est emptoris*-regel, de oorzaak van de bijzondere positie van koop, ter discussie werd gesteld.

H. Kooiker